This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 731 962

HARVARD
LAW
LIBRARY
1894

HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 25 1921

Reverente omaggio del discepolo Bertolini

PROF. CESARE BERTOLINI
DELL' UNIVERSITÀ DI PERUGIA

TEORIA GENERALE

DELLA

PENA CONVENZIONALE

SECONDO IL DIRITTO ROMANO

ROMA
ACCADEMIA STORICO-GIURIDICA
1894

F
For TX
B546p

Estratto dal periodico STUDI E DOCUMENTI DI STORIA E DIRITTO
ANNO XV. — 1894.

OCT 25 1921

ROMA 1894. — Tipografia Poliglotta della S. C. de Propaganda Fide.

AI MIEI FRATELLI

TEORIA GENERALE DELLA PENA CONVENZIONALE SECONDO IL DIRITTO ROMANO

§ 1. *Nozione della pena convenzionale e scopi della medesima.*

1. — Si dice *pena convenzionale* la prestazione cui taluno si obbliga per l'ipotesi che non segua un' altra prestazione; quest' ultima può essere del promittente stesso o di un terzo, da farsi nel primo caso al promissario o ad un terzo, nel secondo caso da farsi sempre al promissario [1]. Per estensione le parole *pena convenzionale* designano la convenzione relativa alla pena, essendo prevalsa nell' uso questa espressione sull'altra, più appropriata, *convenzione penale;* così ad esempio Savigny [2]: « *Conventionalstrafe heisst ein* bedingtes *Versprechen* Etwas zu geben etc. ».

2. — Come si vede, trattasi di un atto giuridico condizionato. Lo scopo primo cui mira il promissario non è che sia pagata la pena, bensì che sia eseguita la prestazione *in condicione* [3]; è l' interesse che egli ha ad ottenere quest' ultima che lo spinge alla convenzione. Se ottenere il contrario della condizione è lo scopo primo cui tende il promissario, in seconda linea, pel caso che questo scopo non sia raggiunto, egli mira ad assicurarsi col pagamento della pena il risarcimento del danno nel quale lo faccia incorrere il verificarsi della condizione.

[1] § 7 Inst. *de verbor. obl.* 3, 15 [16]; L. 11 § 2 D. *de receptis* 4, 8; L. 4 § 1 D. *de verbor. oblig.* 45, 1; §§ 19 e 21, I. *de inutil. stipulat.* 3, 19 [20].

[2] *Das Obligationenrecht als Theil des heut. röm. Rechts,* vol. 2, pag. 272.

[3] L. 71 D. *de verbor. oblig.* 45, 1.

§ 2. *In che consisteva la pena e suo ammontare.*

3. — Il più delle volte la pena consisteva in una somma di denaro, come concordi mostrano i testi. Non era escluso però che potesse consistere in un' altra prestazione.

L. 11 § 2 D. *de receptis* 4, 8 (Ulpianus *lib. tert. dec. ad ed.*): « Quod ait praetor - pecuniam compromissam - accipere nos debere, « non si utrimque poena nummaria, sed et si alia res vice poenae, « si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit, et ita Pom- « ponius scribit.... »

Adde LL. 97 e 126 § 3 D. *de verb. obl.* 45, 1.

Come d' ordinario fosse oggetto della pena convenzionale una somma di denaro lo vediamo anche in questa legge, che per l'*alia res* usa l'espressione *vice poenae.*

4. — La quantità della pena era rimessa alla volontà delle parti. Ciò era giustificato, oltre che dalla libertà concessa in generale alle parti nel contrattare, dall' indole e dal fine della pena convenzionale, che mirava non solo ad assicurare il risarcimento al promissario, ma benanco a costringere il promittente, ed a questo prima che a quello. Nè il valore della prestazione *in condicione* costituiva la misura normale.

L. 32 pr. D. *de receptis* 4, 8 (Paulus *lib. tert. dec. ad ed.*): « Non distinguemus in compromissis, minor an maior sit poena, « quam res de qua agitur ».

L. 38 § 17 D. *de verb. obl.* 45, 1 (Ulp. *lib. quadrag. nono ad ed.*) « ... poenam enim cum stipulatur quis, non illud « inspicitur quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio « stipulationis ».

Cfr. § 19 I. *de inutil. stipul.* 3, 19 [20]. Vedi anche L. 6 D. *de eviction.* 21, 2.

E tutti ricordano che la stipulazione penale per l'evizione comprendeva d'ordinario il doppio del valore della cosa; nè al

doppio bisognava arrestarsi, chè si poteva senza dubbio stipulare il triplo, il quadruplo e forse anche più.

L. 56 pr. D. *de eviction.* 21, 2 (Paulus *lib. sec. ad ed. aed. cur.*): « Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, « vel triplum aut quadruplum promitteretur, ex empto perpetua « actione agi poterit . . . »

5. — Da taluno [1] si ritenne che nel diritto giustinianeo la pena sia stata ristretta *in casibus certis* al *duplum* per la famosa L. un. C. *de sentent. quae pro eo quod int. prof.* 7, 47, e principalmente per queste parole: « cum scimus esse naturae « congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti « moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae sta- « tuuntur ».

Ma tale costituzione non concerne affatto la pena convenzionale, bensì l'interesse da determinarsi dal giudice ed a questo si riferisce anche l'espressione *poena* del periodo riportato, come nella L. ult. D. *de eo quod certo loco* 13, 4. Alla suddetta opinione erronea sembra che si sieno ispirati i compilatori del *Preuss. Landrecht* [2] quando stabilirono che la pena convenzionale non potesse superare il doppio dell'interesse.

6. — Vi era una sola restrizione all'arbitrio delle parti nel fissare la quantità della pena; questa, che la pena convenzionale non potesse mascherare una convenzione usuraria illecita.

L. 13 § 26 D. *de action. empti vend.* 19, 1 (Ulp. *lib. triges. sec. ad ed.*): « Ibidem Papinianus respondisse se refert, « si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum « praestaretur, in fraudem constitutionum videri adiectum, quod « usuram legitimam [centesimam *Ulp.*] excedit . . . » Cfr. Fragm. Vatic. 11.

[1] Ricordiamo, fra gli altri, Molineo *De eo quod interest* n. 153 e segg. e Brunnemann *Comm. in Cod.* lib. 7, tit. 47, num. 13 e segg. Vedi anche Pothier *Traité des obligations* vers. it. di Foramiti, vol. 2, pag. 88 e segg.

[2] Parte I, tit. 5 § 301.

L. 44 D. *de usuris* 22, 1 (Modestinus *libro dec. pandect.*): « Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum li- « citum potest ».

Adde L. 9 § 1 D. h. t.; L. 90 D. *de verbor. oblig.* 45, 1; LL. 5, 15, 16 C. *de usuris* 4, 32.

È chiaro che senza questa restrizione, le limitazioni del tasso dell'interesse sarebbero divenute vane, perchè sarebbe bastato, per eluderle, pattuire a titolo di pena, anzichè di interesse, una somma maggiore; e lo avverte Stefano:

Sch. ad B. 23, 3 c. 44: « ... ὅταν βουλόμενος περιγράψαι τὴν « διάταξιν ἀντὶ τόκων πρόστιμον ἐπηρώτησεν (cum quis constitutio- « nem circumvenire volens pro usuris poenam stipulatur) » [1].

Stante il principio *utile per inutile non vitiatur*, la pena fissata in una quantità superiore a quella dell'interesse lecito poteva esser richiesta fino a tal limite e solo il di più era *inutiliter* pattuito, come si vede anche nelle parole della L. 13 § 26 cit. e ancora più decisamente nei B. 19, 8 c. 13 § 26: « ... τὸ ὑπὲρ « τὸν νόμιμον τόκον οὐκ ἔρρωται (id quod usuram legitimam exce- « dit non valet) » [2].

Adde L. 9 cit. e L. 29 D. h. t., L. 15 C. cit.

Una restrizione particolare troviamo per gli sponsali, dove la pena non può superare il quadruplo delle arre, nella L. 5 §§ 5 e 6 C. *de sponsal.* 5, 1.

§ 3. *Come si costituiva la pena convenzionale.*

7. — Per costituire la pena convenzionale i Romani usavano in generale la *stipulatio*, quantunque del resto bastasse un semplice patto, se la si aggiungeva ad un contratto di buona fede. Da ciò la terminologia *poenae stipulatio* o *poenalis stipulatio* od

[1] Ed. di Heimbach vol. 2 pag. 718.
[2] Vol. 2 pag. 291.

anche *stipulationis poena* [1]. L'espressione *poena conventionalis* non è delle fonti.

8. — Vediamo ora le formule abituali di costituzione della pena convenzionale. Chiaramente si esprimono i testi, distinguendo a seconda che la prestazione *in condicione* era un fatto positivo o un' omissione o quello e questa ad un tempo.

§ 7 Inst. *de verb. obl.* 3, 15 [16]: « ... si quis ut fiat aliquid « stipuletur, ita adici poena debet: - si ita factum non erit, tunc « poenae nomine decem aureos dari spondes? - sed si quaedam fieri, « quaedam non fieri una eademque conceptione stipuletur, clausula « erit huiusmodi adiicienda: - si adversus ea factum erit sive quid « ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare « spondes? »

L. 71 D. *de V. O.* 45, 1 (Ulp. *lib. tert. dec. ad ed.*): « Cum « quid ut fiat stipulemur poenam, sic recte concipiemus: si ita « factum non erit -: cum quid nec fiat, sic: - si adversus id « factum sit - ».

L. 137 § 7 D. h. t. (Venuleius *lib. primo stipul.*): « Si ut « aliquid fiat stipulemur, et usitatius et elegantius esse Labeo « ait sic subiici poenam: - si ita factum non erit -: at cum quid « ne fiat stipulemur, tunc hoc modo: - si adversus ea factum « erit -; et cum alia fieri, alia non fieri coniuncte stipulemur, sic « comprehendendum - si non feceris, si quid adversus ea feceris - ».

Quali formule si adoperassero quando la *stipulatio poenae* veniva interposta per ottenere più prestazioni positive o negative mostra la L. 13 [14] §§ 2, 3, 4 D. *de rebus dubiis* 34, 5 (Iulianus *lib. singul. de ambig.*):

§ 2. « Cum ita stipulationem concipimus - si hominem aut

[1] L. 6 § 1 e L. 7 D. *de servis export.* 18, 7; L. 47 D. *de action. empti vend.* 19, 1, L. 41 e L. 42 D. *pro socio* 17, 2; L. 28 D. *de action. empti vend.* 19, 1; L. 12 § 2 D. *de pactis dotal.* 23, 4; L. 4 § 3 D. *de doli mali except.* 44, 4; L. 69, L. 71 e L. 122 § 3 D. *de verbor. obl.* 45, 1; § 7 I. h. t. 3, 15 [16]; § 19 I. *de inutil. stipul.* 3, 19 [20], L. 10 § 1 D. *de pactis* 2, 14; L. 15 D. *de transaction.* 2, 15; L. 42 D. *de receptis* 4, 8; L. 5 § 6 C. *de sponsal.* 5, 1.

« fundum non dederis, centum dari spondes? - utrumque est fa-
« ciendum, ne stipulatio committatur, id est sive alterum sive
« neutrum factum sit, tenebit stipulatio. idemque est evidenter,
« cum propositis specialiter pluribus rebus, quas fieri volumus,
« ita stipulamur: - si quid eorum factum non erit -: veluti - Sti-
« chum et Damam et Erotem sisti? si quis eorum non steterit,
« decem dari? - necesse est enim omnes esse sistendos, ut stipu-
« lationi satisfiat, vel, ut propius accedamus, fingamus ita sti-
« pulationem factam: - si Stichum et Damam et Erotem non si-
« steris, decem dari? - neque enim dubitabimus, quin aeque omnes
« sisti oporteat ».

§ 3. « . . . . stipulationem si illud aut illud factum (non)
« erit . . . illius stipulationis effectus hic est ut neutrum fiat . . .
« nec . . . prodest aliquid non fecisse si aliquid factum sit . . .

§ 4. « Proinde si quis ita interroget - eorum quid, quae obi-
« ciuntur tibi, fecisti? - ille neget, hoc exprimat - eorum quid,
« quae obiciuntur non feci - id est nihil eorum feci ».

Che si potesse adoperare la particella *aut* per ottenere più prestazioni, è parso strano ad alcuni interpreti i quali, non riuscendo a persuadersene, opinarono che nel § 2 al posto di *aut* si debba collocare *ac* o *et*. Ma non è da accettarsi una simile opinione, perchè l'uso dell' *aut* si può benissimo giustificare; basta sottintendere dopo *hominem* il *si non dederis* che segue *fundum;* — prometti tu di dare cento, se non darai lo schiavo o non darai il fondo? —

Con questa formula è chiaro che il promittente incorre nella pena anche se non dà o non fa una sola delle cose *in condicione*, quantunque dia o faccia le altre.

Non esito a sopprimere il *non* nella proposizione — si illud aut illud factum non erit — del § 3, come già fece Dyemen [1]

[1] *De formulis quibusdam copulatis et disiunctis* (in Meermann *Thesaurus* vol. 3 col. 328, 329).

e dopo di lui altri, perchè altrimenti non solo non vi sarebbe armonia col resto del paragrafo, ma di più vi sarebbe decisa contradizione col paragrafo precedente. La soppressione del *non* in quella proposizione conduce, come conseguenza, a legger dopo o *non ideo tamen minus verum erit* o *non ideo tamen verum non erit.*

Ove si legga in questo secondo modo, sorge facile la supposizione che per inavvertenza il *non* di questa proposizione sia stato inserito in quella « *si illud aut illud factum non erit* ».

Quale formula si adoperasse quando si voleva ottenere una o l'altra di più cose mostra il § 5 della L. 13 [14] cit. « Si quis « autem plura in stipulatum deducat, quorum unum fieri velit, « ita comprehendere debet: - illud aut illud fieri spondes? si nihil « eorum factum erit, tantum dabis? »

Che il vocabolo *poena* fosse espresso nella formula non era necessario, come si vede ad esempio nel § 2 della suddetta L. 13 [14].

§ 4. *Utilità della pena convenzionale e casi più frequenti d' applicazione.*

9. — I Romani si servivano della pena convenzionale per rafforzare il vincolo di un' obbligazione pienamente efficace: per stimolare indirettamente il debitore colla minaccia della pena all' esecuzione ed ove l' obbligazione non venisse tuttavia eseguita, procurare al creditore un risarcimento più certo, più rapido e più completo.

Quanto al primo scopo, conviene notare che si dava il nome di *pena* alla cosa promessa *sub condicione* perchè essa costituiva anzitutto un mezzo di costringere in via indiretta il promittente a compiere la prestazione principale. Ecco il punto d' analogia colla *poena legibus constituta*. Savigny [1] opportunamente designa

[1] *Das Obligationenrecht* vol. 2 pag. 273.

la pena convenzionale come: « eine durch Privatwillkühr begrün-
« dete Kriminalanstalt im Kleinen, indem der Versprechende durch
« die Furcht vor der Strafe bewogen werden soll Das zu unter-
« lassen oder zu thun welches der Gegner verlangt ».

Il promittente, di cui la posizione per regola peggiorava se non faceva la prestazione principale — sia che potesse esser tenuto a questa e di più alla pena, sia che potesse esser tenuto, a scelta del promissario, alla prestazione principale od alla pena, sia anche che potesse esser tenuto alla pena soltanto, perchè questa nelle due ultime ipotesi superava di solito il valore dell'altra prestazione — aveva interesse a far mancare la condizione, cioè ad adempiere l'obbligazione: « . . . ob hoc invicem « poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur » [1].

Nel caso che l'obbligazione non venisse eseguita, la *stipulatio poenae* aveva questa utilità pel creditore, di dispensarlo dalla prova, spesso difficile e incerta, che l'inesecuzione gli aveva prodotto un danno e del suo ammontare e di sottrarlo alle lungherie, alle difficoltà ed agli svantaggi in genere della stima per opera del giudice dei danni interessi. Nella *stipulatio poenae* si aveva un giudizio condizionale già pronunciato dalle parti contraenti: al giudice restava solo da verificare se la *stipulatio* aveva avuto luogo e se era *commissa:* « poenam cum stipulatur quis, « non illud inspicitur quid intersit, sed quae sit quantitas quae- « que condicio stipulationis » [2].

Le Istituzioni pongono in rilievo l'utilità testè menzionata della pena convenzionale a proposito delle obbligazioni aventi per oggetto un *facere,* positivo o negativo; e con ragione, perchè in queste obbligazioni, più che nelle altre, riusciva difficile al creditore la prova del danno derivante dall'inesecuzione.

[1] L. 1. C. *de receptis* 2, 55 [56].

[2] L. 38 § 17 D. *de V. O.* 45, 1; cfr. § 19 I. *de inutil stipul.* 3, 19 [20]. Vedi anche L. 38 D. *de receptis* 4, 8; L. 68 D. h. t.; L. 3 § 1 D. *de V. O.* 45, 1; L. 11 D. *de relig.* 11, 7; per la L. 11 cfr. Cuiacio *Comment. in lib. 28 Pauli ad ed.* ad h. l. (*Opp. omnia* ed. di Prato vol. 5 col. 629, 630).

§ 7 Inst. *de verb. obl.* 3, 15 [16]: « Non solum res in sti-
« pulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri
« aliquid, vel non fieri. et in huiusmodi stipulationibus optimum
« erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit
« ac necesse sit actori probare, quid eius intersit . . . ».

Adde L. 137 § 7 D. h. t. 45, 1.

E per le stipulazioni pretorie, alle quali in via ordinaria si aggiungeva una *stipulatio poenae* [1], così si esprime la L. 11 D. *de stipul. praet.* 46, 5 (Venuleius *lib. octavo actionum*): « In eius-
« modi stipulationibus, quae - quanti ea res est - promissionem
« habent, commodius est certam summam comprehendere, quo-
« niam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit,
« et ad exiguam summam deducitur ».

Adde L. 6 D. h. t.; L. 4 § 1 D. *de verb. obl.* 45, 1; L. 8 § 2 D. *ratam rem hab.* 46, 8.

Che se l'obbligazione principale dava vita ad un'azione di stretto diritto, l'utilità della pena convenzionale, sotto questo riguardo del risarcimento per l'inesecuzione, si allargava notevolmente. Qui infatti vigevano certe regole le quali impedivano che il risarcimento fosse completo; ricordiamo che trattandosi di un'*actio stricti iuris* l'*id quod interest* si calcolava in base al *tempus litis contestatae*, che il giuramento estimatorio era ammesso solo per necessità, quando l'oggetto della lite più non esisteva, che non vi era luogo ad interessi moratorî, nè a restituzione dei frutti indebitamente percepiti prima della *litis contestatio*. Nella stipulazione penale il creditore trovava un ottimo mezzo per sfuggire al pericolo d'essere insufficientemente risarcito. E per fermarci sull'esclusione degli interessi moratorî, noi vediamo i Romani ovviare, mercè la *stipulatio poenae*, all'inconveniente

[1] È da ritenere che in queste prima che nelle convenzioni libere sorgesse la *stipulatio poenae*. Cfr. Liebe *Die Stipulation u. das einf. Versp.* Braunschweig 1840 pag. 305 e segg. e Nettelbladt *Der Strafvertrag nach. gem. Recht* Ludwigslust 1886 pag. 16.

che il creditore il quale contestava la lite pel capitale potesse perdere gli interessi da questo momento a quello della sentenza, per ciò che, data la natura accessoria della stipulazione degli interessi, non vi era luogo a nuovi interessi una volta estinta colla *litis contestatio* l'obbligazione del capitale e non erano ammessi interessi processuali per la *condictio certi,* cioè per l'azione propria del mutuo e della *stipulatio,* quei negozi appunto cui di solito si univa l'obbligazione di interessi. Noi vediamo i Romani togliere alla stipulazione di interessi la sua natura accessoria, facendone una stipulazione penale indipendente. Lo si scorge specialmente nel formulario di una *cautio foeneraticia* che ci è conservato in due passi del Digesto.

L. 40 D. *de rebus creditis* 12, 1 (Paulus *lib. tertio questionum*): « Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti prae-
« torio iurisconsulti cautio huiusmodi: - Lucius Titius scripsi me
« accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de
« domo et haec quindecim proba recte dari Kalendis futuris stipu-
« latus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius: *si die*
« *supra scripta summa Publio Maevio eive ad quem ea res per-*
« *tinebit data soluta satisve eo nomine factum non erit, tunc eo*
« *amplius, quo post solvam, poenae nomine in dies triginta inque*
« *denarios centenos denarios singulos dari stipulatus est Publius*
« *Maevius, spopondi ego Lucius Titius* »....

L. 126 § 2 D. *de verb. obl.* 45, 1 (Paulus *lib. tertio questionum*): « Chrysogonus Flavii Candidi servus actor scripsit,
« coram subscribente et adsignante domino meo, accepisse eum
« a Iulio Zosa, rem agente Iulii Quintilliani absentis, mutua de-
« naria mille, quae dari Quintilliano heredive eius, ad quem ea
« res pertinebit, kalendis Novembribus, quae proximae sunt fu-
« turae, stipulatus est Zosas libertus et rem agens Quintilliani,
« spopondit Candidus dominus meus, *sub die supra scripta si*
« *satis eo nomine factum non erit, tunc quo post solvetur, usu-*
« *rarum nomine denarios octo praestari stipulatus est Iulius*

« *Zosas, spopondit Flavius Candidus dominus meus* subscripsit « dominus.... ».

In questo modo si evitava l'inconveniente suaccennato, come mostra la L. 90 D. h. t. (Pomp. *lib. tert. ex Plautio*): « Cum « stipulati sumus pro usuris legitimis poenam in singulos men- « ses, si sors soluta non sit, etiamsi sortis obligatio in iudicium « sit deducta, adhuc tamen poena crescit, quia verum est solutam « pecuniam non esse » [1].

Il vantaggio offerto dalla *stipulatio poenae* al creditore di un risarcimento più rapido, più certo e più completo si manifestava anche in ciò, che non richiedevasi per la *commissio poenae,* come vedremo, l'*interpellatio.*

10. — I Romani adoperavano la *stipulatio poenae* anche per dare indirettamente efficacia a dei rapporti che il diritto non sanciva o sanciva imperfettamente.

Così per le stipulazioni e promesse per altri.

§§ 19 e 21 I. *de inut. stipul.* 3, 19 [20].

§ 19. « Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest: « inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unus- « quisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum si alii detur, « nihil interest stipulatoris. plane si quis velit hoc facere, poe- « nam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehen- « sum esset, committetur poenae stipulatio etiam ei cuius nihil « interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspici- « tur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas in condicione « stipulationis. ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed « si addiderit de poena - nisi dederis, tot aureos dari spondes - « tunc committitur stipulatio ».

§ 21. « Qui alium facturum promisit, videtur in ea esse « causa, ut non teneatur nisi poenam ipse promiserit ».

Cfr. L. 38 §§ 17, 1 e 2, e L. 81 pr. D. *de V. O.* 45, 1.

[1] Vedi su ciò anche Salpius *Novation und Delegation nach römischem Recht* Berlin 1864 pagg. 199-202.

E così fintantochè il contratto di stipulazione potè avere per oggetto soltanto un *certum*, la *stipulatio poenae*, la quale aveva per oggetto una *certa res*, fu importantissima come mezzo di ottenere indirettamente un *incertum*; si faceva promettere una pena pel caso non seguisse la prestazione desiderata, costringendo per tal modo indirettamente l'altro a farla.

La stipulazione penale completava la protezione imperfetta accordata ai patti. Perciò alcuni negozi, come il compromesso e la transazione, si compivano il più delle volte mediante un patto seguìto da una stipulazione penale.

L. 2 D. *de receptis* 4, 8 (Ulpianus *lib. quarto ad edictum*): « Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae pe-« titionem ».

Adde Cic. *in Verrem* 2, 27; Paul. *R. S.* 5, 5ª, 1; LL. 3 pr. e § 2, 11 § 2 e 5, 13 § 1, 27 § 7, 28, 30, 32 pr. §§ 2, 3, 8, 38, 39 pr. e § 1, 40 D. *de receptis* 4, 8; L. 4 § 3 D. *de doli mali except.* 44, 4; L. 1 C. *de receptis* 2, 55 [56].

L. 15 D. *de transact.* 3, 15 (Paulus *libro primo sentent.*): « Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subiici solet: sed « consultius est huic poenalem quoque stipulationem subiungere, « quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest ».

Adde L. 16 D. h. t.; L. 122 § 6 D. *de V. O.* 45, 1; LL. 17, 37 e 40 C. *de transact.* 2, 4.

È noto come nel diritto antico, anzichè costituire una servitù mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, si preferisse spesso ottenerne l'esercizio in questo modo: le parti determinavano con un patto le condizioni della servitù da stabilirsi, indi il costituente si impegnava con *stipulatio* a non porre ostacolo all'esercizio della servitù; di regola si aggiungeva alla *stipulatio* una pena pel caso di contravvenzione. E mediante patto e stipulazione, cui di solito aggiungevasi una pena, si costituivano le servitù sui predî provinciali, ai quali non erano applicabili *mancipatio* o *in iure cessio*.

Paraphr. gr. Instit. § 4 *de servit.* 2, 3: « Ὁ δὲ βουλόμενος « τῷ γείτονι παραχωρῆσαι δουλείαν διὰ συμφώνων καὶ ἐπερωτήσεων « τοῦτο δύναται ποιεῖν· συμφώνου γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρη- « θῆναι τὴν δουλείαν, ἐπερωτᾷ ὁ μέλλων λαμβάνειν κατὰ παραχώρη- « σιν· ὁμολογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ δουλείᾳ; εἰ δὲ ἐμμένῃς « ὁμολογεῖς διδόναι μοι λόγῳ προστίμου νομίσματα ἑκατον..... (Qui « autem vicino servitutem vult concedere pactionibus et stipula- « tionibus id facere potest, pacto enim facto de servitute conce- « denda, is cui ea cedenda est ita stipulatur: spondesne cessam « servitutem servare? sin autem minus spondesne dare mihi poenae « nomine aureos centum?) ».

Gai. 2, 31: « .... in provincialibus praediis sive quis usum- « fructum, sive ius eundi, agendi, aquam ducendi vel altius tol- « lendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, « ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipula- « tionibus id efficere potest: quia ne ipsa quidem praedia mancipa- « tionem aut in iure cessionem recipiunt ».

Adde L. 2 § 6 D. *de V. O.* 45, 1.

11. — Una delle stipulazioni penali più adoperate a Roma fu quella che si diceva *stipulatio duplae,* conclusa per l'evizione o pei difetti della cosa venduta. L'uso di siffatta stipulazione divenne così frequente che la si sottintendeva quando mancava.

L. 31 § 20 D. *de aedil. edicto* 21, 1 (Ulp. *lib. primo ad ed. aed. cur.*): « Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco « placuit ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non « caveat: quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei iudiciis « debent venire ».

Adde L. 37 pr. e § 1 D. *de evict.* 21, 2.

§ 5. *Distinzione delle due forme di stipulazione penale.*

12. — Nelle fonti apparisce chiara la distinzione di due forme di stipulazione penale; — la *stipulatio poenae* isolata, senza vincolo con un' altra obbligazione, come nella formula seguente: « si Pamphilum non dederis, centum dari spondes? » — la *stipulatio poenae* aggiunta ad un'altra obbligazione, come nella formula seguente: « Pamphilum dari spondes? si non dederis, centum dari « spondes? »

Nella prima forma abbiamo una sola obbligazione, condizionale, avente per oggetto la pena. Ciò che il creditore vuole ottenere è senza dubbio Panfilo, ma obbligazione di dar Panfilo non esiste.

Nella seconda forma abbiamo invece due obbligazioni: una pura, rivolta alla prestazione di Panfilo, l'altra condizionale rivolta alle prestazione della pena; la condizione della seconda sta nell'inesecuzione della prima. A distinguere le due forme, si usa parlare di *stipulatio poenae principale* nel primo caso e di *stipulatio poenae accessoria* nel secondo.

La distinzione enunciata è espressa chiaramente nella L. 115 § 2 D. *de V. O.* 45, 1 (Papin. *lib. sec. quaestionum*): « ... potest « Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, « veluti - si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes? - sed « ita concepta sit stipulatio - Pamphilum dari spondes? si non « dederis, tantum dari spondes? - » . . .

Papiniano, basandosi sull'aspetto estrinseco, così distingue le stipulazioni: « *stipulatio quae a condicione coepit* » — che è la principale; « *stipulatio quae non a condicione coepit* » — che è l'accessoria.

Ritroviamo la distinzione nella L. 44 §§ 5 e 6 D. *de O. et A.* 44, 7 di Paolo *(lib. septuag. quarto ad edictum).*

Paolo per una *stipulatio* così concepita: « *si fundum non*

dederis, centum dari spondes? » fa notare, in armonia con quanto sopra si disse, come i *centum* sieno *in obligatione* ed il fondo sia semplicemente *in exsolutione;* il promittente cioè tenuto a dar cento, non a dare il fondo, può liberarsi dall'obbligazione di dare cento dando il fondo [1].

Una distinzione analoga si riscontra nel legato penale: 1. « *si heres uxori meae penum non dederit, decem dato* »; 2. « *uxori meae penum heres dato, et si non dederit, decem* « *dato* » [2].

13. — Oggidì legislazione e dottrina non parlano più di pena convenzionale nel caso in cui i Romani ravvisavano una *stipulatio poenae* principale. « E a buona ragione se vogliamo esser giusti — notava Giorgi [3], di cui riproduciamo le parole — poichè lo stesso nome di *pena* male si adatta ad una convenzione principale, e ad una prestazione, la quale non sia destinata a garantire l'esecuzione di un'altra prestazione. Il carattere dunque di accessorio è nel diritto moderno un carattere essenziale alla clausola penale, di modo che siffatta clausola suppone sempre e necessariamente un'obbligazione principale » [4]. Ma, a mio avviso, la qualifica romana può pur sempre giustificarsi, ponendo mente allo scopo primo della convenzione: costringere indirettamente il debitore ad eseguire la prestazione *in condicione* — ciò dà alla convenzione il carattere penale [5]. Ammesso in oggi il solo tipo

[1] Questo si desume dal § 5 della L. 44. Che nel § 6 Paolo si riferisca all'ipotesi di *stipulatio poenae* acessoria risulta chiaro dal testo e perciò malamente collegano i Basilici (52, 1 c. 44) questo paragrafo al precedente, esprimendosi come se si trattasse di *stipulatio poenae* principale.

[2] Vedi: L. 1 § 8 D. *ad leg. Falcid.* 35, 2; L. 19 pr. e § 1 e L. 24 D *quando dies legat.* 36. 2.

[3] *Teoria delle obbligazioni* 1ª ed. vol. 4 pagg. 496, 497.

[4] Vedi anche Keller *Pandekten* 2 ed. vol. 1 p. 495 e Windscheid *Lehrb. d. Pand.* 6 ed. vol. 2 pagg. 117.

[5] Cfr. la definizione di De Retes *Repet. praelectio ad tit. Dig. de verb. obl.* p. 2 tr. 1 § 1 « Conventionalis poena est promissio confirmans praecedentem obligationem *aut caussam* et ad eius implementum reum impellens sub comminatione praestandi aliquid certum » (in Meerman *Thes. iur. civ. et canon.* vol. 7 col. 462).

pena convenzionale accessoria, l'espressione *pena convenzionale* equivale all'altra *obbligazione con clausola penale* [1].

14. — Mentre la *stipulatio poenae* principale era governata esclusivamente dalle norme delle obbligazioni condizionali, la *stipulatio poenae* accessoria, in conseguenza della sua subordinazione ad un'altra obbligazione, era sottoposta in parte a regole diverse. Per parecchio tempo gli scrittori in generale partirono dall'idea che anche la *stipulatio poenae* accessoria obbedisse in tutto ai principî delle obbligazioni condizionali, dimenticando che questa *stipulatio* assicura l'adempimento di un'altra obbligazione. Siffatta teoria, dalla quale avrebbe dovuto tener lontano già la separazione delle due stipulazioni fatta da Papiniano e da Paolo, condusse a vari errori. Tuttavia uno scrittore moderno tedesco, Wolff [2], riproponeva quella tesi, ripetendo i vecchi errori. In Germania ebbe pochi e non decisi seguaci [3]. In Francia all'opinione di Wolff aderì Accarias [4], che fu poi seguito da quasi tutti coloro che scrissero in questi ultimi anni trattati oppure monografie totalmente o parzialmente riferentisi al nostro tema [5]. Vero è che tali scrittori contrappongono la loro affermazione ad una teoria eccessiva in senso contrario, la quale vuol desumere tutte le regole sulla *stipulatio poenae* accessoria dal fatto che è congiunta ad un'altra obbligazione; talchè in genere si limitano all'esposizione di quelle norme che sono in armonia colla teoria delle condizioni, mostrando così essi stessi come non regga la loro affermazione generale [6]. Vanno respinte entrambe le dette teorie,

[1] Vedi l'espressione *clausula* adoperata anche dalle fonti per la *stipulatio poenae* in § 7 *de V. O.* 3 15 [16].

[2] *Zur Lehre von der Mora* Göttingen 1841 pag. 36 e segg.

[3] Puchta *Pandekten* 12 ed. pagg. 354 e 355, Arndts *Lehrb. d. Pand.* trad. di Serafini vol. 2 (3 ed.) pag. 36.

[4] *Précis de droit romain* 3 ed. vol. 2 pagg. 301 « l'obligation principale n'a d'autre valeur ici — cioè nella stipulazione penale aggiunta ad un'altra obligazione — que celle d'un fait mis in conditione et par conséquent la stipulation pénale n'est gouvernée que par les règles ordinaires des obligations conditionelles ».

[5] Così anche Pétit nel suo *Traité élémentaire de droit romain*, pubblicato nel 1893.

[6] Bavoux *Des stipulations pour autrui en droit romain et en droit français*

così quella che afferma esser governata anche la *stipulatio poenae* accessoria esclusivamente dai principî delle condizioni, come quella che ne deduce le regole esclusivamente in base al menzionato suo rapporto con un'altra obbligazione.

15. — La nostra trattazione di qui in avanti si riferirà essenzialmente alla stipulazione penale accessoria. Della stipulazione penale principale, meno importante e che conta un minor numero di passi nelle fonti, ci occuperemo solo incidentalmente, par paragonarla all'accessoria e fare in tal guisa risaltare come quest'ultima in parte sia regolata da principî diversi da quelli delle condizioni.

§ 6. *Requisiti di validità della stipulatio poenae.*

16. — La *stipulatio poenae* accessoria è una stipulazione condizionale, la cui condizione consiste nell'inadempimento di un'altra obbligazione. Quindi, perchè possa formarsi, si richiede che esista un'obbligazione alla quale possa aggiungersi. Basta anche un'obbligazione naturale [1].

17. — La nullità della clausola penale non produce nullità dell'obbligazione principale, in base ai principî generali sulla relazione fra principale ed accessorio. Ne abbiamo esempio nella L. 97 pr. D. *de V. O.* 45, 1 (Celsus *lib. vicens. sexto digest.*): « Si ita stipulatus fuero - te sisti? nisi steteris, hippocentaurum

Paris 1885 pag. 86 e Petit loc. cit. in prova della tesi affermata adducono anche regole della *stipulatio poenae* diverse da quelle delle condizioni. «Ainsi (nota Bavoux in prova dell'affermazione riprodotta da Accarias) la poena sera exigible dès qu'il y aura eu inexécution et par conséquent par la seul échéance du terme affectant la première obligation, s'il y en a un, ou, *s'il n'y en a pas,* suivant l'opinion dominante, *du jour où l'exécution de la première dette devient possible*». Altrettanto dice Petit. Ora tutti sanno che, secondo le regole delle condizioni, non essendovi un termine la pena sarebbe esigibile solo quando l'esecuzione della prima obbligazione fosse divenuta impossibile e non già appena fosse divenuta possibile.

[1] Abbiamo già visto nel § 4 come la *stipulatio poenae* completasse la protezione imperfetta accordata ai patti.

« dari? - proinde erit atque si - te sisti - solummodo stipulatus « essem ».

Adde L. 126 § 3 D. h. t.

18. — La nullità dell'obbligazione principale invece produce nullità della *stipulatio poenae,* anche qui in base ai principî generali sopra invocati. Un esempio ne abbiamo nella L. 69 D. h. t. (Ulp. *lib. sexto ad ed.*): « Si homo mortuus sisti non « potest [1] nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum « si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, « poenam stipuletur ».

Eccoci già in contrasto colla teoria delle condizioni. Infatti, applicando questa teoria, nelle ipotesi contemplate dalla L. 69 la pena dovrebbe esser tosto *commissa,* trattandosi di una condizione necessaria.

19. — Dicemmo che l'obbligazione principale nulla rende nulla l'obbligazione penale. Però essendo nulla l'obbligazione principale, vi è luogo ad una valida *stipulatio poenae* PRINCIPALE, in quanto lo consentono le regole sulle condizioni che governano in tutto questa specie di *stipulatio poenae* e perciò anche in materia dei requisiti di validità.

E così è valida, *come stipulatio poenae* PRINCIPALE l'obbligazione penale aggiunta alle stipulazioni e promesse per altri, perchè l'inesecuzione di siffatte stipulazioni o promesse può costituire una valida condizione.

Vedi i passi allegati al n. 10.

In molti trattati si afferma che le stipulazioni o promesse per altri diventavano valide ed efficaci in diritto romano coll'aggiunta di una *stipulatio poenae.* Ciò è assolutamente falso. La *stipulatio* o promessa per altri restava sempre nulla; soltanto la *stipulatio poenae* aveva valore e, lo ripetiamo, come *stipulatio*

[1] « Tempore promissionis » nota giustamente la Glossa commentando il « mortuus » ed Accursio interpreta benissimo la proposizione, ponendo il seguente caso: « Stipulatus sum a Titio quod sisteret in iudicio hominem qui tamen iam mortuus erat ».

poenae principale, per sè stante; si erano fatte in apparenza due stipulazioni distinte, ma in realtà non ve n'era che una [1].

20. — Che se si oppongono le regole sulle condizioni, non vi ha valida *stipulatio poenae* di nessun genere. Ed anche qui non mancano testimonianze delle fonti.

Così è affermata invalida la *stipulatio* di una pena avente per condizione *si heredem me non feceris*.

L. 61 D. *de V. O.* 45, 1 (Iulian. *lib. sec. ad Urs. Ferocem*): « Stipulatio hoc modo concepta - si heredem me non feceris, tan- « tum dare spondes? - inutilis est, quia contra bonos mores est « haec stipulatio ».

Come era invalida pur quella che si riferisce ad un atto turpe compiuto o da compiersi.

L. 123 D. h. t. (Papin. *lib. primo defin.*): « Si flagitii « faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non « valet ».

Invece era valida la *stipulatio poenae* se tendeva ad uno scopo morale: per esempio se una donna mirava con una *stipulatio poenae* ad ottenere dal marito l'abbandono della relazione con una concubina.

L. 121 § 1 D. h. t. (Papin. *lib. sec. quaest.*): « Stipula- « tionis utiliter interponendae gratia mulier ab eo, in cuius ma- « trimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinae « tempore matrimonii consuetudinem repetisset. nihil causae esse « respondi, cur ex stipulatione, quae ex bonis moribus concepta « fuerat, mulier impleta condicione pecuniam adsequi non possit ».

[1] Un errore analogo vien commesso da quegli autori, p. es. May (*Éléments de droit romain* 1ª ediz. Paris 1889-90, vol. 2, pag. 91) i quali affermano che la *stipulatio* di un *incertum*, invalida secondo l'antico diritto, diventava tuttavia valida coll'aggiunta di una *stipulatio poenae*. Anche qui soltanto la *stipulatio poenae* aveva valore; per essa il creditore aveva un mezzo di ottenere *indirettamente* l'*incertum*. Bene vi accenna Keller *Institutionen* pag. 98: « Wollte man ein *incertum*, namentlich ein *facere*, zum Gegenstand einer *stipulatio* machen, so konnte das in früherer Zeit nur indirect dadurch bewirkt werden, dass man auf den Fall der Nichterfüllung eine bestimmte Summe Geldes sich versprechen liess: so dass dann jenes *facere* mehr als *Bedingung* dieses *centum dare* denn als eigentliches Objekt der Stipulation erschien ».

E sempre in accordo colla teoria delle condizioni troviamo nella L. 15 § 1 D. *ad leg. Falcid.* 35, 2 (Papin. *lib. tert. dec. respons.*): « Frater cum heredem sororem scriberet, alium ab « ea cui donatum volebat stipulari curavit, ne Falcidia uteretur « et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. privato- « rum cautione legibus non esse refragandum constitit et ideo so- « rorem iure publico retentionem habituram et actionem ex sti- « pulatu denegandam ».

Il caso di questa legge è chiaro. Il testatore non potendo direttamente impedire che l'erede usi del beneficio della Falcidia, interpone un donatario *mortis causa* cui fa promettere dall'erede *sub poena* la rinunzia al detto beneficio. La legge colpisce di nullità tale stipulazione fatta mentre era ancora in vita il testatore. Se la *stipulatio* fosse stata conclusa invece dopo la morte del testatore, già nel diritto antegiustinianeo, secondo l'opinione dominante, sarebbe stata valida; Giustiniano lo sancì esplicitamente ed ammise di più che il testatore potesse proibire all'erede di ritenere la Falcidia.

Altrove è dichiarata invalida la *stipulatio poenae* quando tende a render così soggetto allo stipulante il promittente da dover ottemperare ad ogni suo comando.

L. 1 § 5 D. *quarum rerum actio* 44, 5 (Ulp. *lib. septuag. sexto ad ed.*): « Quae onerandae libertatis causa stipulatus « sum, a liberto exigere non possum. onerandae autem libertatis « causa facta bellissime ita definiuntur, quae ita imponuntur, ut, « si patronum libertus offenderit, petantur ab eo semperque sit « metu exactionis ei subiectus, propter quem metum quodvis sus- « tineat patrono praecipiente » [1].

[1] E più chiaramente nei B. 51, 6 c. 1. § 5: «Τὰ δὲ ἐπὶ βάρει τῆς ἐλευθερίας οὐκ ἀπαιτεῖται, οἷον ἐὰν ποινὴν ἐπερωτήσω αὐτὸν ἐκ τοῦ προσκροῦσαί μοι, καὶ ἀνάγκην ἔχῃ διὰ τὸν φόβον τῆς ποινῆς ἐν πᾶσί μοι πειθαρχεῖν. (Quae vero onerandae libertatis causa imponuntur non exiguntur: velut si poenam ab eo stipuler si me offendat, et necesse habeat ob poenae metum in omnibus mihi obtemperare)». Vol. 5 p. 102. — Cuiacio *Observat.* lib. 16, cap. 8 (*Opp. omnia* vol. 1, col. 722) «Est enim plane onerata libertas eius, qui dum perpetuo

Il passo testè riprodotto si limita ai manomessi in rapporto col loro patrono; ma si capisce che tanto più doveva valere per altri la norma ivi contenuta.

21. — Le fonti dicono che non si poteva far uso della pena convenzionale per forzare a stringere matrimonio; però sotto gli imperatori cristiani viene ammessa, ad assicurare gli sponsali, la *stipulatio* di una pena fino al quadruplo delle arre. E nemmanco era valida una *stipulatio poenae* allo scopo di mantenere un matrimonio esistente, salvo quando coincidesse cogli svantaggi che colpivano per legge chi era colpa del divorzio.

L. 134 pr. D. *de V. O.* 45, 1 (Paulus *lib. quinto dec. respons.*): « Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium « coit Gaio Seio habenti filiam; et tempore matrimonii consen- « serunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpo- « situm est instrumentum et adiecta poena, si qui eorum nuptiis « impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio « diem suum obiit et filia eius noluit nubere; quaero, an Gaii « Seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, « quae proponeretur cum non secundum bonos mores interposita « sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestnm « visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive « iam contracta [1] ».

L. 5 §§ 5 e 6 C. *de sponsalibus* 5, 1 (Impp. Leo et Anthemius AA. Erythrio pp.): « .... quadrupli videlicet poena, « quae anterioribus legibus definita erat, in qua et arrarum quan- « titas imputabatur, cessante, nisi specialiter aliud ex communi

veretur et timet ne vel levicula re patronum offendat, nihil agit metu poenae ut non committatur stipulatio et manumissio illiberalis ac secum ipsa quodammodo pugnans propter metum illum, qui imminet manumisso, instat, impendet semper ».

[1] Nei B. 43, 1 c. 131 pr.: « Οὐ καλῶς ἐπερωτῶ τινα ποίνην ἐκ τοῦ μὴ γαμηθῆναί μοι, οὔτε μὴν τὴν ἤδη γαμηθεῖσάν μοι ποινὴν. ἐπερωτᾷν δύναμαι, ἐὰν λύσῃ τὸν γάμον. τὰ αὐτὰ καὶ περὶ γυναικὸς ἐπερωτώσης τὸν ἄνδρα. (Non recte ab aliqua poenam stipulor, si mihi non nupserit, neque ab ea, quae mihi iam nupta est, poenam stipulari possum, si matrimonium solverit. Eadem valent etiam de muliere quae a marito stipulatur) » Vol. 4, pag. 315.

« consensu inter contrahentes de eadem quadrupli ratione placuit. « Extra definitionem autem huius legis si cautio poenam stipu- « lationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas « vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse « debet. *D. k. Iul. Constantin. Marciano cons.* a. [472] ».

L. 19 D. h. t. (Pomponius *lib. dec. ad Sab.*): « Si sti- « pulatio facta fuerit: - si culpa tua divortium factum fuerit, « dari? - nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis « legum comprehensis: nisi si et stipulatio tantumdem habeat « poenae, quanta lege sit comprehensa » [1].

L. 2 C. *de inutil. stip.* 8, 38 [39] (Imp. Alexander A. Menophilo): « Libera matrimonia esse antiquitus placuit, ideoque « pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes quibus « poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non ha- « beri constat. *PP. III non. Feb. Maximo II et Aeliano conss.* « [a. 223] ».

Adde L. 71 § 1 D. *de condic. et dem.* 35, 1 e L. 14 C. *de nuptiis* 5, 4 [2].

§ 7. *Commissio poenae.*

22. — Supposta una stipulazione penale valida, vogliamo ora parlare della *commisio poenae,* e ci domandiamo anzitutto: quando si incorre nella pena?, o, per usare l'espressione delle fonti, *quando committitur poena* o *stipulatio?*

[1] Come le parole « quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis » vadano intese limitatamente al caso del matrimonio, ha già mostrato Savigny *System des heut. röm. Rechts,* vol. 3, pag. 174, n. *g.* Vedi anche Cuiacio *Comm. ad tit. D. de V. O.* ad h. l. (*Opera omnia* vol. 6, col. 724).

Accursio oppone alla L. 19 la L. 57 D. *de donat. inter vir. et ux.* 24, 1; ma qui non trattasi di pena convenzionale, bensì di donazione.

[2] Di questa materia si occupano direttamente le monografie di Braun *De poena conventionali maxime in matrimonialibus* Ienae 1707, e di Evers *De effectu poenae conventionalis sponsalibus adiectae* Ienae 1760.

23. — Per la *stipulatio poenae* principale non si incontrano difficoltà; essa è regolata, anche in questo, dalle norme delle condizioni.

24. — Per la *stipulatio poenae* accessoria in parte valgono queste norme, in parte norme diverse, derivanti dal carattere accessorio di tale stipulazione, dal fatto che condizione della medesima è l'inadempimento di un' obbligazione. Affinchè la trattazione riesca chiara e completa dobbiamo fare delle distinzioni.

25. — *A.* Se oggetto dell'obbligazione principale è un'omissione, il debitore incorre nella pena tosto che faccia quanto si era obbligato a non fare. E poichè queste obbligazioni in generale sono a termine, il debitore è liberato dalla pena quando sia scaduto il termine senza che abbia fatto ciò che aveva promesso di non fare.

L. 122 § 6 D. *de V. O.* 45, 1 (Scaevola *lib. vicens. octavo digest.*): « Duo fratres hereditatem inter se diviserunt et cave-
« runt sibi nihil se contra eam divisionem facturos et, si contra
« quis fecisset, poenam alter alteri promisit: post mortem alte-
« rius qui supervixit petit ab heredibus eius hereditatem quasi ex
« causa fideicommissi sibi a patre relicti debitam et adversus eum
« pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset: quae-
« situm est, an poena commissa esset. respondit poenam secun-
« dum ea qua proponuntur commissam ».

Poena committitur nella fattispecie, quantunque il fratello superstite perda la lite. È naturale, perchè era stato promesso di non far nulla contro la divisione e si contravviene alla promessa col semplice intentare la lite, qualunque del resto ne sia l'esito.

Gli scrittori francesi di diritto moderno, a proposito della *commissio poenae* nelle obbligazioni di non fare, si domandano se per la *commissio poenae* occorra che l'atto in contraddizione coll'obbligazione principale abbia avuto il suo effetto o basti invece il semplice tentativo. Rispondono concordi che il quesito va

deciso in base all'intenzione delle parti circa l'oggetto dell'obbligazione, che si deve cioè rintracciare che cosa si volle ottenere col contratto cui fu aggiunta la pena convenzionale e decidere in conformità; e così, per esempio, se Tizio il quale mi ha promesso *sub poena* di non locare ad un fabbro la sua casa, posta in prossimità della mia, l'affitta sì ad un fabbro ma il contratto di locazione non viene eseguito, la pena non è ancora *commissa*, perchè non è il contratto per sè stesso che ho voluto impedire, bensì l'incomodità che, data l'esecuzione del contratto, me ne sarebbe derivata. E Pothier [1] invoca le fonti romane: nella L. 6 pr. D. *de servis export.* 18, 7 — egli dice — noi vediamo che quando fu pattuito *sub poena* nella vendita di un schiavo che non sarebbe stato manomesso dal compratore, essendo nulla la manumissione compiuta da quest'ultimo, non incorre nella penale, perchè non si era voluto impedire la manumissione per sè sola, ma la liberazione dello schiavo che, data la validità della manumissione, ne sarebbe derivata, « nam incredibile est de actu manumittentis « ac non potius de effectu beneficii cogitatum »: nella L. 122 § 6 D. *de V. O.* 45, 1 vediamo invece che la pena è *commissa* pur perdendo il debitore la lite, perchè la convenzione fatta mirava ad impedire la molestie, le inquietudini e i danni in genere del dover sostenere un giudizio, a parte l'esito del medesimo.

26. — *B.* Se oggetto dell'obbligazione principale è una prestazione positiva, bisogna suddistinguere a seconda che non fu fissato o fu fissato un termine per la sua esecuzione.

Cominciamo dal primo caso.

27. — 1) Se un termine non fu apposto, dicono le fonti che il debitore incorre nella pena *statim*; tostochè è possibile eseguire l'obbligazione ed egli non l'eseguisce. Con ciò intendono le fonti di dire che gli deve esser lasciato per l'esecuzione quel tempo richiesto dalla natura e dalle modalità della prestazione; trascorso

[1] *Traité des obligations*, trad. it. di Foramiti, vol. 2, pagg. 95, 96.

questo tempo senza che l'obbligazione sia eseguita, il debitore incorre tosto nella pena [1]. Un'interpellazione del creditore non è punto richiesta dalle fonti, e perciò deve ritenersi che non sia necessaria.

Eccoci anche qui in contrasto colla dottrina delle condizioni; seguendo tale dottrina, il debitore sarebbe nel nostro caso tenuto alla pena solo quando l'esecuzione della prestazione principale fosse divenuta impossibile; e così è infatti per la *stipulatio poenae* principale governata, come dicemmo, dai principî delle condizioni.

Quanto dicemmo risulta dalla L. 115 §§ 1 e 2 D. h. t. (Papin. *lib. sec. quaest.*):

§ 1. « Sed et si ita stipulatus fuero: - si in Capitolium non « ascenderis - vel - Alexandriam non ieris, centum dari spondes? - « non statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascen- « dere vel Alexandriam pervenire potueris, sed cum certum esse « coeperit te Capitolium ascendere vel Alexandriam ire non posse ».

§ 2. « Item si quis ita stipuletur: - si Pamphilum non de- « deris centum dari spondes? - Pegasus respondit non ante com- « mitti stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari. Sa- « binus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam « homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione « non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus « daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim « heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in « pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum « est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest « Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, « veluti - si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes? - sed « ita concepta sit stipulatio: - Pamphilum dari spondes? si non « dederis, tantum dari spondes? » . . . [2]

[1] Cfr. Matthiae *Controversenlexicon des röm. Civilrechts* vol. 1, p. 213 e Windscheid *Lehrb. d. Pand.* 6 ed. vol. 2, pag. 114, nota 10.

[2] Nella L. 23 D. *de O. et A.* 44, 7 per *la stipulatio poenae ex compromisso* è

Papiniano nel brano trascritto nota che, stando a Sabino [1], anche per la *stipulatio poenae* principale si doveva abbandonare la regola derivante dalla teoria delle condizioni ed ammettere la medesima norma che per la *stipulatio* accessoria, mentre Pegaso voleva che fosse seguita la regola delle condizioni, e decide in favore di quest'ultimo [2]. Sabino fondava la sua opinione su quanto era stabilito pel legato di alimenti *(penus legata)* e sull'intenzione delle parti.

Ora, circa il primo argomento, si comprende con facilità come Papiniano si rifiuti di estendere alle obbligazioni una norma adottata in materia di legati *utilitatis causa,* in riguardo alla volontà presunta del testatore ed alla natura della cosa, oggetto del legato. Circa il secondo argomento, certo l'opinione di Pegaso non corrispondeva alla volontà dello stipulante, che mirava a costringere il debitore a fare sollecitamente la prestazione principale; all'inconveniente però si soleva riparare in pratica coll'aggiunta di un termine, come mostrano i testi [3].

Dopo aver detto che la teoria di Sabino, da respingersi per la *stipulatio poenae* principale, è da ammettersi invece per la *stipulatio poenae* accessoria, Papiniano soggiunge: « quod sine « dubio verum erit, cum id actum probetur, ut, si homo datus « non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum « sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defen-

scritto: « ... adeo ut et illud Servius rectissime existimaverit, si quando dies, qua pe- « cunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset modicum spatium datum vi- « deri... ». Altrettanto sta scritto nella L. 21 § 12 D. *de receptis* 4. 8. Quel « modicum spatium » indica il tempo che veniva d'ordinario concesso al reo dopo la condanna giudiziale; cfr. L. 21 D. *de iudiciis* 5. 1.

[1] Cuiacio *Comm. ad tit. Dig. de verb. oblig.* ad LL. 14 e 115 (*Opp. omnia* vol. 6 col. 716, 717, 808, 809) ravvisa una traccia della disputa fra le due scuole nella L. 14 D. *de V. O.* 45, 1; ma a mio parere, senza base sufficiente.

[2] LL. 8, 10, 27 § 1, 72 § 1, 99 § 1, 113 pr. D. h. t.

[3] Piuttosto Massurio che Celio, come credono Liebe *Die Stipulation u. das einfache Versprechen* Braunschweig 1849 pag. 310 e Nettelbladt *Der Strafvertrag nach gemeinem Recht* Ludwigslust 1886 pag. 33. Vedi Sanio *Zur Geschichte d. römischen Rechtswissenschaft* Königsberg 1858 pagg. 44 e 21 e cfr. Salkowski *Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht* Leipzig 1866 pag. 197 nota 7.

« dendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo sol-
« vatur aut pecunia petatur ».

Con ciò il giureconsulto si riferisce al caso in cui, sempre trattandosi di *stipulatio poenae* accessoria, si fosse pattuito che non venendo eseguita l'obbligazione principale il debitore sarebbe stato tenuto ad un tempo alla prestazione principale ed alla pena, ed al caso in cui invece si fosse pattuito che, non eseguendo l'obbligazione principale, il debitore sarebbe stato tenuto esclusivamente alla pena. In forza di siffatte clausole era modificato in due sensi opposti, l'effetto normale della *stipulatio poenae*, cioè che una volta *commissa* la *stipulatio* fosse in facoltà del creditore di chiedere la prestazione principale o la pena. Or bene, anche nei due casi suddetti Papiniano vuole ammessa per la *stipulatio poenae* accessoria la dottrina sabiniana. Pel primo caso lo afferma decisamente « quod sine dubio verum erit »; e infatti, essendosi stabilita una sanzione così energica, così grave, era evidente che si mirava ad un'esecuzione sollecita quanto più fosse possibile e la pena diventava non più compensazione dell'inesecuzione, ma del semplice ritardo.

Se non essendo stabilito un termine la pena è *commissa* tosto che è possibile eseguire l'obbligazione ed il debitore non l'adempie, però il debitore convenuto in giudizio conserva fino alla *litis contestatio* la facoltà di sottrarsi alle conseguenze della *commissio poenae* adempiendo l'obbligazione principale, purchè non ne risenta danno il creditore.

L. 21 § 12 e L. 22 D. *de receptis* 4, 8 (Ulp. *lib. tert. dec. ad edictum,* Paul. *lib. tert. dec. ad edictum*).

L. 21 § 12. « Intra quantum autem temporis, nisi detur
« quod arbiter iusserit, committatur stipulatio videndum est. et
« si quidem dies adiectus non sit, Celsus scribit libro secundo
« digestorum inesse quoddam modicum tempus: quod ubi prae-
« terierit, poena statim peti potest: et tamen, inquit, et si de-
« derit ante acceptum iudicium, agi ex stipulatu non poterit ».

L. 22: « utique nisi eius interfuerit tunc solvi ».

Adde L. 23 pr. e L. 52 D. h. t. [1]; L. 23 D. *de O. et A.* 44, 7; L. 84 e L. 122 § 2 D. *de V. O.* 45, 1; L. 5 C. *de contr. et comm. stip.* 8, 37 [38].

La L. 23 pr. D. *de receptis* 4. 8 offre una testimonianza di quello che testè abbiamo detto, nelle parole « contra, ubi dum- « taxat dare (cioè non adiecta die) iussus est » confrontate col resto del paragrafo. Tali parole mancano nei Basilici [2]. Non si stenta a comprenderne il motivo; ai compilatori dei Basilici dovette apparir superflua quella proposizione, perchè il concetto in essa contenuto era stato espresso dallo stesso Ulpiano, autore della L. 23, nella L. 21 § 12, ed anche in questa, come nella L. 23, Ulpiano aveva citato Celso.

Quanto alla L. 122 § 2, parecchi commentatori giunti al punto dove si afferma che l'esecuzione dell'obbligazione principale prima della *litis contestatio* libera dalla *commissio poenae*, dicono che si tratta di una disposizione speciale *in favorem libertatis;* e così fanno anche altri autori, ad esempio Wening-Ingenheim [3] Mühlenbruch [4], Schilling [5], Koch [6], Sintenis [7], Puchta [8]. Come abbiano torto lo provano gli altri frammenti che abbiamo citati.

Le fonti mostrano che sono in errore pur coloro [9] che limitano invece al compromesso la possibilità pel creditore di sottrarsi alla *commissio poenae* eseguendo l'obbligazione prima della *litis contestatio*.

[1] Cfr. sch. ad B. 7, 2 c. 52, vol. 1 pag. 262.

[2] 7, 2 c. 23, vol. 1 pag. 255.

[3] *Lehrb. des gem. Civilrechts* 5 ed. vol. 2. pag. 133 n^a. *g.*

[4] *Lehrb. d. Pand.* 4 ed. vol. 2 pag. 287 n. 7.

[5] *Lehrbuch der Instit. u. Gesch. d. röm. Privatrechts* vol. 3 pag. 186 n^a. *o.*

[6] *Das Recht der Forderungen nach gem. u. nach preuss. Recht* 2 ed. vol. 2 pag. 382 n^a. 10.

[7] *Das prakt. gem. Civilrecht* 2 ed. vol. 2 pag. 119 n^a. 35.

[8] *Pandekten* 12 ed. pag. 355 n^a. *g.* in fine e *Vorlesungen über das heut. röm. Recht* 6 ed. vol. 2 pag. 28.

[9] Fra questi Holzschuher *Theorie u. Casuistik d. gem. Civilrechts* 3 ed. vol. 3 pag. 347 *.

28. — 2) Se all'obbligazione principale fu aggiunto un termine, *committitur poena* non appena il termine è scaduto senza che il debitore abbia eseguita l'obbligazione; non vi ha punto bisogno di un'intimazione da parte del creditore.

L. 23 D. *de O. et A.* 44, 7 (Africanus *lib. sept. quaest.*): « Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, « poena (uti adsolet) ob operas eius qui eam pecuniam peteret in « stipulationem erat deducta: is qui eam pecuniam petebat parte « exacta petere desierat, deinde interposito tempore interpellare « instituerat. consultus respondit eius quoque temporis, quo in- « terpellatus non esset, poenam peti posse: amplius etiamsi omni- « no interpellatus non esset... »

Cuiacio [1] ha osservato che il creditore di una *pecunia traiecticia* era solito di far viaggiare sulla nave uno schiavo coll'ordine di riscuotere il denaro alla scadenza del termine. Facendo ciò, si usava pattuire una pena per ogni giorno di ritardo nel pagamento, allo scopo di risarcirsi delle *operae* dello schiavo in conseguenza del ritardo inutilmente perdute. Così era avvenuto nel caso della L. 23. Lo schiavo, scaduto il termine, intima di pagare al debitore e viene soddisfatto in parte. Desiste dall'*interpellatio*, ma dopo qualche tempo interpella di nuovo pel credito rimanente. Si dubita se egli abbia diritto alla pena anche per quei giorni durante i quali non ha interpellato. Il giureconsulto decide affermativamente ed aggiunge che *avrebbe diritto alla pena anche se non avesse punto interpellato*.

L. 12 C. *de contr. et comm. stip.* 8, 37 [38] (Imp. Iustinianus A. Menae pp.): « Magnam legum veterum obscuritatem, « quae protrahendarum litium maximam occasionem usque adhuc « praebebat, amputantes sancimus ut, si quis certo tempore fa- « cturum se aliquid vel daturum se stipuletur vel quae stipulator

[1] *Tract. ad Afric.* tract. 7 ad h. l., *Observat.* lib. 5 cap. 38, *Recit. solemn. ad tit. 7 lib. 44 Digest.* ad l. 23 (*Opera omnia* vol. 4 col. 136, vol. 1 col. 217, vol. 6 col. 1375, 1376).

« voluit promiserit et addiderit, quod, si statuto tempore minime « haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat minime posse « ad evitandam poenam adicere, quod nullus eum admonuit: sed « etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore sti- « pulationis fiet obnoxius, cum ea quae promisit ipse in memoria « sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat. *D.* « *VIIII id. April. Constantinopoli Decio vc. cons.* [a. 529] ».

Adde L. 23 pr. D. *de receptis* 4, 8; L. 9 D. *de naut. foen.* 22, 2; L. 77 D. *de V. O.* 45, 1.

Dall'esame delle due leggi trascritte risulta come taluni giureconsulti richiedessero un'interpellazione; ma Giustiniano formalmente respinge siffatta opinione, per questo che il debitore deve ricordarsi da sè dei debiti contratti e non già aspettare che altri glieli rammenti.

Huschke [1] trova una traccia dell'opinione richiedente l'*interpellatio* nella L. 9 § 1 D. *de usuris* 22, 1 (Papin. *lib. undec.* « *respons.*): « Usurarum stipulatio, quamvis debitor non conve- « niatur, committitur. nec inutilis legitimae usurae stipulatio vi- « detur sub ea condicione concepta - si minores ad diem solutae « non fuerint -: non enim poena, sed foenus uberius iusta ratione « sortis promittitur . . . » per ciò che il giureconsulto — stando a Huschke — opina che la *stipulatio del pieno interesse legale* pel caso non venga pagato nel giorno stabilito un interesse minore convenuto *è commissa anche senza interpellazione del creditore, non trattandosi di una pena, ma di un' altra promessa condizionata di interesse.*

Ma la parola *poena* della frase: « non enim poena — pro- « mittitur » designa non già la pena convenzionale, bensì l'interesse dell'interesse, che, come tutti sanno, era proibito. Così si intende nello Sch. 3 ad B. 23, 3 c. 9 « . . . οὔτε γὰρ τόκους « τόκων δοκεῖ ἐπερωτᾶσθαι, ἀλλ' ὑπὸ αἵρεσιν πλείονα καὶ νόμιμον

[1] Nella *Zeitschrift* di Linde, nuova serie vol. 4. pag. 421.

« τόκον (non enim usuras usurarum promisisse videtur, sed sub conditione maiores et legitimas usuras) [1] ».

Ed infatti di *poena,* nel senso di pena convenzionale, parlano nell'identico caso, di *stipulatio* del pieno interesse legale pel caso non venga soddisfatto nel giorno stabilito l'interesse minore convenuto, le LL. 11 pr. e 12 del medesimo titolo. Il passo pertanto, affatto diversamente da quel che sostiene Huschke, confrontato con queste due leggi, offre un'altra testimonianza contro l'*interpellatio.*

Wolff [2] crede che i giureconsulti sieno stati sempre concordi nell'escludere il bisogno di interpellazione e che Giustiniano non abbia decisa alcuna controversia colla sua costituzione, perchè controversia non c'era. Ma le parole dell'imperatore sono esplicite in senso contrario e l'esistenza di una dottrina richiedente l'*interpellatio* si trova accennata nel frammento di Africano. Se Giustiniano — nota Wolff — avesse voluto sancire qualche cosa di nuovo, lo avrebbe detto *suo more* con gran pompa. Or bene, non sembra a Wolff che ce ne sia abbastanza nelle parole: « Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum litium « maximam occasionem usque adhuc praebebat, amputantes sancimus etc. ? »

29. — Si domanda ora: Se prima che sia decorso il termine è certo che l'obbligazione principale non potrà vener eseguita al tempo o dentro il tempo stabilito, è *commissa* sin d'allora la pena?

E si risponde negativamente in base ai seguenti testi.

L. 124 D. *de V. O.* 45, 1 (Papin. *lib. sec. definit.*): « - Insulam intra biennium illo loco aedificari spondes - ante finem « bienni stipulatio non committitur, quamvis reus promittendi non « aedificaverit et tantum residui temporis sit, quo aedificium exstrui non possit: neque enim stipulationis status, cuius dies « certus in exordio fuit, ex post facto mutatur. idque et in sti-

[1] Vol. 2 pag. 690.
[2] *Zur Lehre von der Mora* Göttingen 1841 pag. 70 e segg.

« pulatione iudicio sistendi causa facta [vadimonio *Papin.*] pla-
« cuit, scilicet ut ante diem stipulatio non committatur, si certum
« esse coeperit parere stipulationi residuo tempore non posse ».

Adde L. 10 § 1 D. *si quis caution.* 2, 11.

Eccoci pertanto anche qui in contrasto colle regole delle condizioni, che vediamo invece applicate per la *stipulatio poenae* principale, in cui *poena committitur* già prima del termine fissato per l'adempimento della prestazione *in condicione* quando sia certo che non potrà esser fatta dentro quel tempo.

L. 113 pr. D. h. t. (Proculus *lib. sec. epist.*): « Cum
« stipulatus sim mihi, Procule, si opus arbitratu meo ante ka-
« lendas Iunias effectum non sit, poenam, et protuli diem: pu-
« tasne vere me posse dicere arbitratu meo opus effectum non
« esse ante kalendas Iunias, cum ipse arbitrio meo aliam diem
« operi laxiorem dederim? Proculus respondit: non sine causa
« distinguendum interesse, utrum per promissorem mora non fuis-
« set, quo minus opus ante kalendas Iunias ita, uti stipulatione
« comprehensum erat, perficeretur, an, cum iam opus effici non
« posset ante kalendas Iunias stipulator diem in kalendis Augustis
« protulisset. nam si tum diem stipulator protulit, cum iam opus
« ante kalendas Iunias effici non poterat, puto poenam esse com-
« missam nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus ante ka-
« lendas Iunias fuit, quo stipulator non desideravit id ante ka-
« lendas Iunias effici, id est quo non est arbitratus ut fieret quod
« fieri non poterat. aut si hoc falsum est, etiam si stipulator
« pridie kalendas Iunias mortuus esset, poena commissa non esset,
« quoniam mortuus arbitrari non potuisset et aliquod tempus post
« mortem eius operi perficiendo superfuisset. et propemodum etiam
« si ante kalendas Iunias futurum (certum) esse coepit opus ante
« eam diem effici non posse, poena commissa est ».

Quel che abbiamo detto testè per la *stipulatio poenae* principale risulta ripetutamente dal frammento trascritto, non solo dalle ultime parole: « et propemodum — poena commissa est »

– per le quali va notato che il *propemodum* non è una manifestazione di dubbio, di incertezza, ma una semplice espressione di modestia, abituale nei giureconsulti romani, come attestano le frasi *prope est, magis est,* così di frequente adoperate – [1] ma anche dal brano precedente.

Essendosi stipulato « si opus arbitratu meo ante kalendas « Iunias effectum non sit, centum dare spondes? » fu protratto indi il termine. Si chiede quale effetto avrà la dilazione quanto alla *commisio poenae*. Risponde il giureconsulto che bisogna distinguere: o quando fu concessa la dilazione era sicuro che l'opera non si sarebbe potuta compiere omai avanti le calende di giugno, perchè il debitore vi si era accinto troppo tardi, o il compimento per quel tempo era ancora possibile. In questo secondo caso la dilazione sarà efficace e di *commissio poenae* non si potrà parlare fino al nuovo termine: nel primo caso invece la dilazione non è efficace, perchè quando vien protratto il termine, la pena è già *commissa*.

In tutto questo si vede confermata la regola che nella *stipulatio poenae* principale la pena è *commissa* tostochè risulta impossibile che la prestazione *in condicione* sia fatta dentro il tempo fissato. Di più si vede come tal norma sia così rigorosa che anche la protrazione del termine non vale a rimuoverla [2].

Il giureconsulto non enuncia espressamente la decisione pel caso in cui fosse ancora possibile il compimento dell'opera pel tempo stabilito quando il termine fu protratto. Essa però deriva dall'antitesi coll'altro caso, di cui esplicitamente è indicata soluzione.

[1] «... ea forma, qua veteres in respondendo vitantes asseverandi arrogantiam uti soliti sunt» come dice Donello *Comm. ad tit. Dig. de V. O.* ad h. l. (*Opera omnia* ed. di Firenze vol. 11 col 1541); anche in ciò splendido esempio.

[2] Ritengono però parecchi autori — e noi siamo del loro avviso — che se la protrazione del termine non impediva che la pena fosse *commissa ipso iure,* facesse tuttavia acquistare al debitore disposto a condurre l'opera a compimento pel nuovo termine *exceptio doli.*

Prima di abbandonare la questione che stiamo trattando, vogliamo spiegare le parole: « nec ad rem pertinere — et aliquod « tempus post mortem eius operi perficiendo superfuisset » della L. 113 pr., che, per ragioni di chiarezza, abbiamo finora lasciate da parte nell'interpretare la detta legge.

Qui il giureconsulto mostra l'assurdità di un argomento o già addotto dal promittente o che questi avrebbe potuto addurre per far dichiarare la pena non *commissa*, cioè che essendosi stipulata una pena pel caso *opus arbitratu stipulatoris ante kalendas Iunias effectum non sit*, mancava nella fattispecie un elemento per far dichiarare la pena *commissa*, perchè durante uno spazio di tempo anteriore alle calende di giugno (l'intervallo fra il momento della proroga e le calende di giugno) lo stipulante non aveva desiderato che l'opera fosse compiuta prima delle calende di giugno. Come l'obbiezione non regga affatto, è chiaro, e Proculo già lo prova colle parole: « id est quo non est arbitratus ut fieret « quod fieri non poterat » le quali mostrano che, ammettendo l'obbiezione, si sarebbe fatto carico al creditore di non aver desiderato che si facesse quanto non poteva farsi, e di più non poteva farsi pel ritardo del debitore. Per provare ancora meglio l'inefficacia dell'obbiezione, nota il giureconsulto che, seguendo questa via, nel caso in cui lo stipulante fosse morto prima delle calende di giugno e magari il giorno avanti, si sarebbe dovuto del pari sentenziare che la pena non era *commissa* perchè anche qui « *aliquod tempus ante kalendas Iunias fuit, quo stipulator non desideravit id ante kalendas Iunias effici*, » non avendo potuto lo stipulante, perchè morto, *arbitrari*, nell'intervallo fra la morte sua e le calende di giugno, che *l'opus* fosse compiuto prima di questo termine [1].

[1] Vedi in aggiunta alla L. 113 la 8 D. h. t., la quale affermando parimenti l'anticipata *commissio poenae*, mostra che tuttavia per agire pel pagamento della pena bisogna aspettare che sia giunto il termine. In questa legge non si parla di protrazione del termine, che sarebbe stata assurda, essendo addirittura morto lo schiavo; non è quindi il caso di pensare all'*exceptio doli* cui abbiamo accennato per la fatti-

30. — Il debitore non si libera dall'obbligo di pagare la pena offrendo dopo spirato il termine, cioè quando già è *commissa* la pena, l'esecuzione dell'obbligazione principale [1]. Se però il creditore accetta, rinunzia con ciò al diritto alla pena, e potrà esser respinto con un'*exceptio doli* ove agisca *ex stipulatu*.

L. 23 D. *de O. et A.* 44, 7 (Afric. *lib. sept. quaest.*): « . . . de illo sane potest dubitari si interpellatus ipse moram fe- « cerit, an, quamvis pecuniam postea offerat, nihilo minus poena « committatur: et hoc rectius dicitur ».

L. 23 pr. D. *de receptis* 4, 8 (Ulp. *lib. tert. dec. ad edictum*): « Celsus ait, si arbiter intra kalendas Septembres dari « iusserit nec datum erit, licet postea offerratur, attamen semel « commissam poenam compromissi non evanescere, quoniam sem- « per verum est intra kalendas datum non esse: sin autem ob- « latum accepit, poenam petere non potest doli exceptione remo- « vendus . . . »

Adde L. 10 in f. D. *de eo quod certo loco* 13, 4.

La Glossa scorge affermato il principio suesposto anche nella L. 12 C. *de contr. et committ. stip.* 8, 37 [38] [2]. È un errore; questa legge semplicemente esclude che occorra *interpellatio* del debitore per la *commissio poenae*.

specie della L. 113. — Cfr. L. 8 D. *de V. O.* 45, 1 (Paulus *lib. sec. ad Sabinum*): « In illa « stipulatione: - si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes? - mortuo homine « quaeritur, an statim ante kalendas agi possit. Sabinus proculus exspectandum diem « actori putant, quod est verius: tota enim obligatio sub condicione et in diem col- « lata est et licet ad condicionem committi videatur, dies tamen superest.... »

[1] A torto affermarono alcuni scrittori (fra questi Accarias) in via generale, cioè anche per le obligazioni a termine, che il debitore può sottrarsi alle conseguenze della *commissio poenae* adempiendo prima della *litis contestatio* l'obbligazione principale. Una tale facoltà non può ammettersi per le obbligazioni a termine, perchè i testi — e ognuno può riscontrarli al num. 27 — concedono questo beneficio al debitore solo nell'ipotesi di obbligazione *sine die* ed anzi uno di essi, la L. 23 pr. D. *de receptis* 4, 8 lo esclude decisamente per le obbligazioni a termine. Nè il diverso trattamento apparisce punto ingiustificato se si pensa che nelle obbligazioni *cum die* il debitore incorre nella pena solo dopo che è scaduto il termine senza che abbia eseguito l'obbligo suo, per quelle *sine die* invece incorre nella pena *statim*, tosto che è possibile l'esecuzione dell'obbligo ed egli non l'adempie.

[2] Ad v. *admonuit*.

Un'eccezione si ha per la promessa di comparire in giudizio, per la quale il convenuto è senz'altro protetto da un'*exceptio* se tarda qualche giorno a presentarsi, purchè non ne sia derivato danno all'attore.

L. 8 D. *si quis caution.* 2, 11 (Gaius *lib. vicens. nono ad ed. prov.*): « Et si post tres aut quinque pluresve dies, quam « iudicio sisti se reus promisit, secum agendi potestatem fecerit « nec actoris ius ex mora deterius factum sit, consequens est dici, « defendi eum debere per exceptionem ».

Cuiacio [1] si unisce a Bulgaro nell'affermare che in questo passo non si tratta di *stipulatio poenae*, ma di *stipulatio* dell'*id quod interest* e che quindi non si può invocarlo nella teorica della *stipulatio poenae*. Ma, quantunque il frammento non parli di pena, è facile dimostrare che si tratta di *stipulatio poenae*. L'*exceptio* che vediamo concessa al convenuto presuppone necessariamente un'*actio;* ora, come potrebbe esservi un'azione *in id quod actoris interest*, una volta che si pone la condizione « *nec actoris ius ex mora deterius factum sit?* » cioè, colle parole dello stesso Cuiacio « *si ob eam rem nil interest actoris?* ».

Bisogna quindi riconoscere l'esistenza di una stipulazione penale.

Un'eccezione in altro senso alle norme suesposte si deve ammettere pel caso in cui si fosse pattuito che il creditore potesse pretendere ad un tempo l'esecuzione dell'obbligazione principale e la pena, ed egli, accettando l'esecuzione in ritardo, si riserbi il diritto alla pena; in tal caso l'accettazione del pagamento tardivo non gli impedisce di poter domandare la pena.

31. — Passiamo ora al caso in cui sia stato stabilito che l'obbligazione principale potesse eseguirsi *quocumque die*. In tal caso

[1] *Notae in Dig.* ad h. l., *Ad Afric. tract.* tract. 7 ad L. 23 *de O. et A.*, *Comm. in lib. 13 Pauli ad ed.* ad L. 22 *de receptis*, *Comm. in lib. 29 Paul. ad ed.* ad L. 17 *de pec. constit. Comm. in tit. Dig. de V. O.* ad L. 84, *Recit. solemn. ad tit. 40 lib. 8 Cod.* ad l. 14 (*Opp. omnia* vol. 3 col. 357, vol. 4 col. 241, vol. 5 col. 294 e col. 663, 664 vol. 6 col. 791 e vol. 9 col. 1946).

poena committitur solo quando è sicuro che il debitore non potrà assolutamente compiere più la prestazione principale.

Ciò risulta chiaramente dal proemio della L. 115 D. *de verbor. obligat.* 45, I (Papin. *lib. sec. quaest.*), di cui altrove abbiamo trascritto i paragrafi 1 e 2.

« Ita stipulatus sum: - te sisti in certo loco: si non steteris, « quinquaginta aureos dari spondes? - si dies in stipulatione per « errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, « imperfecta erit stipulatio, non secus ac si quod pondere numero « mensura continetur sine adiectione ponderis numeri mensurae « stipulatus essem, vel insulam aedificari non demonstrato loco, « vel fundum dari non adiecto nomine. quod si ab initio id age- « batur ut quocumque die sisteres et, si non stetisses, pecuniam « dares, quasi quaelibet stipulatio sub condicione concepta vires « habebit, nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum « promittendi sisti non posse ».

Questo proemio consta di due parti. Nella prima Papiniano dà esempî di stipulazioni penali invalide; nella seconda tratta appunto del nostro caso e lo decide come testè dicemmo.

Accursio [1] oppone alla prima parte la L. 8 pr. D. *qui satisd. cog.* 2, 8, dalla quale risulta non invalida la *stipulatio iudicio sisti* in cui sia stata omessa l'indicazione del termine. Ma sono diverse le condizioni. La L. 8 pr. si riferisce ad una *stipulatio* in formazione nella quale vi era disaccordo fra i litiganti circa il giorno della comparsa. Nella L. 115 pr. si tratta invece di una *stipulatio* già conclusa nella quale per inavvertenza fu omessa l'indicazione del giorno. Aggiungasi che nella L. 8 pr. si tratta di una *stipulatio praetoria* per cui vi ha un termine normale stabilito dalla giurisdizione del pretore.

32. — Così abbiamo risposto - e speriamo in modo esauriente - alla domanda *quando committitur poena?*, contemplando l'ipotesi

[1] Ad v. *certo die.*

ordinaria che il debitore eseguisca tutta l'obbligazione principale o non l'eseguisca affatto. Ma può anche darsi che il debitore eseguisca parzialmente l'obbligazione principale. E qui sorge tosto la domanda: l'adempimento incompleto farà incorrere il debitore in tutta la pena o solo in una parte della medesima? Naturalmente nel fare questa domanda si suppone che la pena, come di solito, sia divisibile.

Le fonti rispondono che il debitore incorre in tutta la pena.

L. 47 D. *de act. empti vend.* 19, 1 (Paulus *lib. sexto responsorum*): « Lucius Titius accepta pecunia ad materias ven-
« dendas sub poena certa, ita ut, si non integras repraestaverit
« intra statuta tempora, poena conveniatur, partim datis materiis
« decessit; cum igitur testator in poenam commiserit . . . . »

Il compratore ha sborsato il prezzo prima che fosse fatta la tradizione dell'oggetto del contratto. Fu pattuita una pena pel caso non avvenisse la tradizione entro un dato tempo. Avendo fatto il venditore entro quel tempo solo una tradizione parziale, *poena committitur*, cioè *tota poena committitur*.

L. 9 § 1 D. *si quis caution.* 2, 11 (Ulp. *lib. septuag. sept. ad ed.*): « Si plurium servorum nomine iudicio sistendi [va-
« dimonii *Ulp.*] causa una stipulatione promittatur, poenam qui-
« dem integram committi, licet unus status non sit Labeo ait
« quia verum sit omnes statos non esse: verum si pro rata unius
« offerratur poena, exceptione doli usurum eum, qui ex hac sti-
« pulatione convenitur ».

Aggiungi anche la L. 4 § 1. D. *de verbor. obl.* 45, 1 (Paulus *lib. duodec. ad Sabinum*), dove la proposizione finale « *quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest* » va, come altrove abbiamo dimostrato [1], mentalmente così completata: « *quin tota poena committatur* ».

[1] Vedi il nostro studio *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano* Roma 1889-91 vol. 1 pag. 99 e vol. 2 pag. 169, 170.

Nella L. 9 § 1 si tratta del caso in cui fu promessa *sub poena* la comparsa in giudizio di più schiavi, e uno manca. Si afferma anche qui che la pena è *commissa in solidum*. Si aggiunge però che se il debitore offre la pena *pro rata unius* potrà opporre l'*exceptio doli* all'azione che venisse intentata pel pagamento di tutta la pena. Il testo parla di una *stipulatio praetoria*. Non è arrischiato ritenere che anche nelle altre *stipulationes praetoriae*, come pure nel compromesso, si verificasse quanto è stabilito nella L. 9 § 1, perchè anche ad altro proposito vedremo in tali casi trattato più benignamente il debitore. Parmi invece temerario dedurre dalla L. 9 § 1 una norma generale, come inclina a fare Molitor [1].

Il fatto che la pena sia dovuta per intero in caso d'esecuzione parziale costituisce la così detta indivisibilità della pena; e si usa anche parlare di indivisibilità dell'obbligazione principale in relazione alla pena, nel senso che se l'obbligazione principale non è eseguita per intero, nei riguardi della pena è lo stesso che se non ne fosse eseguita parte alcuna.

La dottrina che la clausola penale rendesse propriamente e veramente indivisibile l'obbligazione divisibile cui fosse aggiunta è oggidì universalmente abbandonata. Infatti nessun testo dichiara, nè direttamente nè indirettamente, indivisibili le obbligazioni con clausola penale; ed una legge [2] mostra anzi chiaramente che la *stipulatio poenae* non altera la divisibilità dell'obbligazione principale. Aggiungasi che il giureconsulto Paolo, come caso analogo a quello dell'obbligazione con clausola penale in cui l'esecuzione parziale non riduce l'obbligo di pagamento dell'intera

[1] Vedi pag. 73 e sgg.

[1] *Les obligations en droit romain* 2 ed. vol. 1 pagg. 199.

A torto qualche autore francese (Aubry *De la stipulatio poenae en droit romain* Paris 1878 pag. 27 e 37, Barberot *De la stipul. poenae en dr. r.* Dijon 1887 pag. 33) aggiunge alla L. 9 § 1 la L. 18 D. *ratam rem haberi* 46, 8, perchè in questa si tratta di *stipulatio* dell'*id quod interest* e non di *stipulatio poenae*. Cfr. la nostra *Ratifica etc.* vol. 1 pag. 100 n°. 7 in f. e vol. 2 pag. 161, 162 e 168-170.

[2] L. 25 § 13 D. *famil. ercisc.* 10, 2.

pena, presenta quello di un debito garantito da ipoteca, in cui il diritto d'ipoteca sussiste finchè il debito non sia totalmente estinto [1]; ora nessuno ha mai pensato di dire che il debito per questo diventi indivisibile. La clausola penale non cambia la natura dell'obbligazione cui è aggiunta.

L'indivisibilità della pena cessa se le parti hanno pattuito che la pena debba stare in proporzione colla quantità della prestazione verificatasi.

33. — Passiamo ora ad esaminare se il promittente sia tenuto anche quando non può attribuirsi a sua colpa l'inadempimento dell'obbligazione principale o se invece non si richieda colpa da parte sua per la *commissio poenae*.

Cominciamo coll'osservare che se l'esecuzione fu impedita dal creditore, il debitore *ipso iure* è liberato dalla pena quando la *stipulatio poenae* sia aggiunta al compromesso, ne è liberato *ope exceptionis* quando sia aggiunta ad altri negozî.

L. 23 § 3 D. *de receptis* 4, 8 (Ulp. *lib. tert. dec. ad edictum*): « Idem Celsus ait, si arbiter me tibi certa die pecuniam dare « iusserit, tu accipere noluisti, posse defendi ipso iure poenam « non committi ».

L. 40 D. h. t. (Pomponius *lib. undec. ex variis lectionibus*): « Arbiter kalendis Ianuariis adesse iussit et ante eum « diem decessit: alter ex litigatoribus non adfuit. procul dubio « poena minime commissa est: nam et Cassium audisse se di- « centem Aristo ait in eo arbitro, qui ipse non venisset, non esse « commissam: quemadmodum Servius ait, si per stipulatorem stet, « quominus accipiat, non committi poenam ».

Avvertiamo del resto riguardo a questo caso del compromesso, prima di passare ai testi relativi ad altri casi, che l'espressione « posse defendi » della L. 23 § 3 cit. può ingenerare il dubbio che altri giureconsulti pur nel caso del compromesso volessero concessa soltanto un'*exceptio;* l'ammissibilità di siffatto dubbio è

[1] L. 25 § 14 D. h. t.

suffragata da un'incertezza analoga che ugualmente per la *stipulatio poenae* relativa al compromesso troviamo nell'ipotesi di esecuzione mancata per un impedimento giustificato nella persona del debitore [1].

L. 122 § 3 D. *de V. O.* 45, 1 (Scaevola *lib. vicens. octavo digest.*): « Coheredes cum praedia hereditaria diviserant, unum « praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut quis eorum « partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo vel eius « successori venderet centum viginti quinque: quod si quis aliter « fecisset, poenam centum invicem stipulati sunt: quaero, cum « coheres mulier coheredis liberorum tutores saepius testato con- « venerit et desideraverit, ut secundum conventionem aut emant « aut vendant, hique nihil tale fecerint, an, si mulier extero « vendiderit, poena ab eo centum exigi possit. respondit secun- « dum ea quae proponentur obstaturam doli mali exceptionem ».

Adde L. 1 § 3 D. *de eo per quem factum* 2, 10; L. 9 § 1 D. *de usuris* 22, 1; L. 8 D. *de naut. foen.* 22, 2; L. 54 § 1 D. *locati* 19, 2; L. 9 C. *de usuris* 4, 32.

Quanto a queste ultime leggi, dobbiamo solo notare: che nella L. 9 C. cit. le *usurae maiores* in relazione alle *usurae minores* hanno il senso ed il carattere di una pena convenzionale [2] ed al « non exigentur » va sottinteso *ope exceptionis*, come mostra chiaramente il confronto colla L. 122 § 3 cit.: che nella L. 8 D. *de naut. foen.* 22, 2 la frase « poenam peti non posse » non significa punto che il debitore sia liberato *ipso iure*, come forse ha dubitato Cuiacio [3], mentre lo stesso Ulpiano nella L. 23 pr. D. *de receptis* 4, 8 dice: « poenam petere non potest, doli exceptione removendus », mostrando così che le parole « poenam peti non posse » possono applicarsi anche al caso di liberazione solo *ope exceptionis:* la L. 54 § 1 D. *locati* 19, 2 si riferisce

[1] Vedi più avanti in questo stesso numero.
[2] Cfr. L. 9 § 11 e 12 D. h. t. 22, 2.
[3] *Notae in Pand.* ad. lib. 22 tit. 2 l. 8 (*Opp. omnia* vol. 3 col. 476).

poi al caso che essendo stato convenuto fra locatore e conduttore che questi non potesse venir espulso dal fondo nel tempo stabilito alla durata del contratto, e che qualora venisse espulso il locatore dovesse pagargli una pena [1], si sottintendono escluse le ipotesi in cui il conduttore abbia lasciato passare due anni senza pagare la mercede fissata od abbia deteriorato il fondo - in tali ipotesi il conduttore espulso che agisca in forza della convenzione penale potrà essere respinto coll'*exceptio doli*.

L. 1 § 3 *de eo per quem factum* 2, 10 (Ulpianus *lib. sept. ad edictum*): « Si reus dolo actoris non steterit, non habebit « reus adversus eum actionem ex hoc edicto, cum contentus esse « possit exceptione, si ex stipulatu conveniatur de poena, quod « ad iudicium [in ius *Ulp.*] non venerit. aliter atque si ab alio sit « impeditus: nam actionem propositam adversus eum exercebit ».

Adde L. 9 § 1 D. *de usuris* 22, 1; L. 8 D. *de naut. foen.* 22, 2; L. 122 § 3 D. *de V. O.* 45, 1; L. 9 C. *de usuris* 4, 32.

All'infuori del caso testè menzionato, cioè che l'esecuzione sia stata addirittura impedita dal creditore, il debitore è sempre tenuto, cioè anche quando non è in colpa, come mostrano i testi che ora esponiamo.

L. 22 pr. D. *ad leg. Aquil.* 9, 2 (Paul. *lib. vicens. sec. ad ed.*): « Proinde si servum occidisti, quem sub poena traden- « dum promisi, utilitas venit in hoc iudicium ».

Se il proprietario di uno schiavo ha promesso *sub poena* di farne la tradizione ad un altro e prima che ciò avvenga lo schiavo viene ucciso da un terzo, può pretendere dall'uccisore coll'*actio legis Aquiliae* anche l'*utilitas*, cioè, date le circostanze, l'ammontare della pena [2]. — Vediamo qui chiaramente il debitore obbligato a soddisfare la pena pur non essendovi colpa alcuna da

[1] Ad una convenzione penale per questo caso accenna anche la L. 15 C. *de locato et conducto* 4, 65. Analogamente pel contratto d'enfiteusi in L. 2 C. *de emphyt. iure* 4, 66.

[2] Già la glossa v. *utilitas* « quae mihi deficit ex eo, quod servum non possum solvere et ideo ad poenam teneor ».

parte sua, mentre un terzo ha ucciso lo schiavo. Alcuni [1] affermano che nella L. 22 pr. si tratta di *stipulatio poenae* principale, che la *traditio* dello schiavo è solamente *in condicione* (si servum non tradideris, centum dare spondes?). Ciò non è in alcun modo ammissibile; le espressioni del testo mostrano che lo schiavo fu realmente promesso « *servum* sub poena tradendum *promisi* »; siamo quindi nel caso della *stipulatio poenae* accessoria (servum tradere spondes? si non tradideris, centum dare spondes?).

Analoga è la decisione della L. 68 [67] § 1 D. *de furtis* 47, 2 (Celsus *lib. duodec. digest.*): « Si tibi subreptum est, quod « nisi certa die dedisses, poenam promisisti, ideoque sufferre eam « necesse fuit, furti actione hoc quoque coaestimabitur ».

Altre testimonianze in favore del principio enunciato abbiamo nella L. 77 D. *de V. O.* 45, 1 (Paul. *lib. quinquag. octavo ad ed.*): « Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem « mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas « eius adita » e nella L. 9 D. *de naut. foen.* 22, 2 (Labeo *lib. quinto pithan. a Paulo epit.*): « Si traiecticiae pecuniae poena (uti solet) « promissa est, quamvis eo die qui primus solvendae pecuniae fuerit, « nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde com- « mitti poena potest, ac si fuisset heres debitoris ».

Il debitore è morto prima del giorno fissato pel pagamento e quando questo scade l'eredità è giacente; pure *committitur poena*. Non si può certo parlare di colpa per queste due leggi; a meno che – nota ironicamente Wolff – [2] non si voglia vedere una *culpa* del debitore in ciò che è morto prima del giorno stabilito pel pagamento.

A queste testimonianze delle fonti, per l'esclusione del bisogno di colpa del debitore, non si possono opporre le parole:

[1] Fra questi Thoureau *De la clause pénale dans les obligations etc.* Paris 1883 pag. 43.

[2] *Zur Lehre von der Mora* pag. 41.

« *nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret* » della L. 23 D. *de oblig. et act.* 44, 7 (Africanus *lib. sept. quaest.*) relative ad un caso di *pecunia traiecticia* [1]. Infatti, confrontandole col testo delle L. 9 cit., si resta convinti che esse non possono riferirsi che ai casi di esecuzione impedita dal creditore [2].

Alla regola enunciata che *poena committitur* anche senza colpa del debitore fanno eccezione le stipulazioni penali che servono a rafforzare una *stipulatio praetoria*. Qui, pur non essendovi colpa, *ipso iure committitur stipulatio*, è concessa però al debitore un'*exceptio*.

L. 2 §§ 1, 2 e 3 D. *si quis caution.* 2, 11 (Ulp. *lib. septuag. quarto ad edictum:*

§ 1. « Si quis municipalis muneris causa sine suo dolo malo « impeditus in iudicio [iure *Ulp.*] secundum suam promissionem « non stetit, aequissimum est tribui ei exceptionem.

§ 2. « Simili modo et si ad testimonium desideratus ad iu- « dicium occurrere non potuit, erit ei subveniendum.

§ 3. « Si quis iudicio se sisti [vadimonium *Ulp.*] promiserit « et valetudine vel tempestate vel vi fluminis prohibitus se si- « stere non possit, exceptione adiuvatur, nec immerito. cum enim « in tali promissione [vadimonio *Ulp.*] praesentia opus sit, quem- « admodum potuit se sistere qui adversa valetudine impeditus « est?. . . » [3].

[1] Vedi num. 28.

[2] Come si possa attribuire tale significato all'espressione *per debitorem non stare* vedi in Wolff *op. cit.* pagg. 60, 61. E così infatti intende anche Cuiacio *Comm. in tit. Dig. de oblig. et act.* ad h. l. (*Opp. Omnia* vol. 6 col. 1376). Vedi pure Windscheid *Lehrb. d. Pand.* 6 ed. vol. 2 pag. 114 n.ª 10.

[3] Cfr. B. 7. 16 c. 2 §§ 1-3. « Οὔτε ὁ διὰ πολιτικὸν λειτούργημα ἀδόλως ἐμποδισθεὶς παραστῆναι, οὔτε ὁ διὰ τὸ μαρτυρῆσαι ἀλλαχοῦ ἐπιληφθεὶς, οὔτε ὁ νοσήσας, ἢ διὰ χειμῶνα γῆς ἢ θαλάσσης, ἢ βίαν ποταμοῦ ἐμποδισθεὶς ὑπόκειται τῇ ποινῇ τῇ παρ' αὐτοῦ ἐπερωτηθείσῃ. (Neque is, qui civilis muneris causa sine dolo suo impeditus est, quominus in iudicio staret, neque qui propter testimonium dicendum alibi retentus est, neque qui morbo corruptus, vel tempestate terrestri vel maritima, vel vi fluminis impeditus est, poenae promissae subiacet..... » vol. 1 pag. 311.

Ed anche nel compromesso la parte non in colpa nel non essersi presentata in tempo si sottraeva alla pena purchè fosse pronta a fare un altro compromesso nel medesimo arbitro.

L. 21 § 9 D. *de receptis* 4, 8 (Ulp. *lib. ter. dec. ad ed.*): « Si quis ex litigatoribus ideo non adfuerit, quod valetudine vel « rei publicae causa absentia impeditus sit aut magistratu aut alia « iusta de causa, poenam committi Proculus et Atilicinus aiunt: « sed si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari « aut exceptione tutum fore. sed hoc ita verum erit, si arbiter « recipere in se arbiterium fuerit paratus: nam invitum non esse « cogendum Iulianus libro quarto digestorum recte scribit: ipse « autem nihilo minus poena absolvitur ».

Il caso di questa legge è il seguente. Il compromesso fu concluso con un termine. Una delle parti fu legittimamente impedita di comparire durante il tempo stabilito. Proculo ed Atilicino affermano che debba essere esente dalla pena - lasciando incerto se addirittura *ipso iure* debba esser esclusa la *commissio poenae* o soltanto sia da concederle un'*exceptio* - purchè sia disposta a stringere una nuova *compromissio* con un altro termine nel medesimo arbitro. Ulpiano aggiunge che potrebbe darsi che l'arbitro - e ne ha infatti il diritto - non volesse assumere nuovamente l'ufficio; la parte sarà tuttavia esente dalla pena, non essendovi in ciò colpa da parte sua, come vi sarebbe invece se cessato il legittimo impedimento non volesse fare un nuovo compromesso.

Savigny [1], come già altri prima di lui, afferma che non solo nei casi suddetti, ma anche nei casi in cui il negozio principale era un contratto di buona fede, si richiedeva colpa del debitore perchè la pena fosse *commissa*. Ma per questa seconda serie di casi nessuna testimonianza delle fonti riesce ad addurre Savigny, sicchè non credo si possa seguirlo in questa parte della sua afferma-

[1] *Das Obligationenrecht* vol. 2 pagg. 280, 281.

zione. Tanto meno si può accettare l'opinione di coloro [1] che elevano a regola l'eccezione, affermando che sempre quando il debitore non fosse in colpa era esclusa la *commissio poenae*, mentre all'infuori dei casi delle *stipulationes praetoriae* e del compromesso le fonti dicono il contrario.

Se ora ci domandiamo perchè nelle *stipulationes praetoriae* e nel compromesso il debitore fosse trattato più benevolmente, non tardiamo a scoprirne la ragione. Nel titolo delle Istituzioni *de divisione stipulationum* 3, 18 [19], dove si distinguono le *stipulationes praetoriae* e le *iudiciales* dalle *conventionales*, si nota come le *praetoriae* derivino « a mero praetoris officio » e come le *iudiciales* « a mero iudicis officio proficiscuntur », mentre le *conventionales* « ex conventione utriusque partis concipiuntur ». E pertanto, in base alla loro natura, le *stipulationes praetoriae* e le *iudiciales* dovevano esser intese e interpretate in parte diversamente dalle *conventionales*, nelle quali campeggiava la libera volontà dei contraenti: e per le *praetoriae* lo afferma esplicitamente Venuleio: « In praetoriis stipulationibus si ambiguus « sermo acciderit, praetoris erit interpretatio: eius enim mens « aestimanda est » [2]. È naturale che analogamente le *iudiciales* fossero interpretate conforme alla *mens iudicis*. Ora a che mirava il pretore o l'arbitro? solo ad impedire la contumacia delle parti, cioè la trascuranza dei termini e degli atti processuali. Ciò spiega il gran numero di motivi di scusa con-

[1] Thibaut nell'*Archiv für die civilistische Praxis* vol. 6 pag. 45 e segg. e nel vol. 16 p. 182 e segg., Bucher *Das Recht der Forderungen* 2ª ed. p. 106, Mühlenbruch *Lehrb. des Pandektenrechts* 4ª ed. vol. 2 pag. 287 n.ª 7 e 9, Wening-Ingenheim *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* vol. 2 pag. 133, Schilling *Lehrb. f. Instit. u. Gesch. d. röm. Privatrechts* vol. 3 pag. 186 n.ª *i*, Gerber *Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde u. der Beweislast* Jena 1858 pag. 86, Holzschuher *Theorie u. Casuistik des gem. Civilrechts* 3ª ed. vol. 3 p. 346, Molitor *Les obligations en droit romain* vol. 1 pagg. 187, 192, 196, Seuffert *Das praktische Pandektenrecht* 4ª ed. vol. 2 pag. 127, Van Wetter *Les obligations en droit romain* vol. 1 pagg. 154, 155, Catenacci *Della stipulatio poenae nel diritto romano* Napoli 1881 pag. 16, May *Éléments de droit romain* 1ª ed. Paris 1889-90 vol. 2 pag. 393.

[2] L. 9 D. *de stipulat. praet.* 46, 5. Cfr. L. 52 D. *de verb. obl.* 45, 1.

tro la *commissio poenae*, di cui Ulpiano dà un elenco nella L. 2 §§ cit. e segg. D. *si quis caution.* 2, 11 e nella L. 4 D. h. t.

Prima di abbandonare la questione di cui stiamo occupandoci dobbiamo dire qualche cosa sulla L. 69 D. *de V. O.* 45, 1 (Ulp. *lib. sexto ad edictum*): « Si homo mortuus sisti non potest nec « poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis Sti- « chum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam sti- « puletur ».

Wolff [1] afferma che in questa legge si tratta di *stipulatio praetoria;* Dernburg invece [2] sostiene che si parla di *stipulatio conventionalis.* Chi bene osservi si persuaderà facilmente che, la prima parte del frammento concerne una *stipulatio praetoria*, la seconda - dal *quemadmodum* in poi - concerne una stipulazione convenzionale. Non per questo si può dedurre dalla seconda parte che anche per le stipulazioni convenzionali si richiedesse per la *commissio poenae* colpa del promittente, perchè, stando al testo, non va ritenuto che lo schiavo sia morto dopo conclusa la stipulazione, e quindi che il caso sia analogo a quello della L. 22 pr. D. *ad leg. Aquil.* 9, 2, poc'anzi trascritta, bensì bisogna intendere che lo schiavo fosse già morto al momento in cui lo si prometteva *sub poena* [3]; e infatti, senza limitarci all'esame della sola seconda parte del testo che sarebbe per sè sufficiente, come mai il « mortuus » di questa seconda parte potrebbe

[1] *Op. cit.* pag. 44 e segg.

[2] *Lehrbuch des preussischen Privatrechts* vol. 2 § 39 nota 11. Cfr. *Pandekten* 2ª ed. vol. 2 pagg. 126, 127.

[3] Che lo schiavo sia morto dopo la conclusione del contratto ritennero, fra gli avversari, ad esempio Mühlenbruch e Molitor e nell'errore sono incorsi anche Holzschuher *Theorie u. Casuistik des gem. Civilrechts* 3ª ed. vol. 3 pag. 346, Dernburg *Pandekten* 2ª ed. vol. 2 p. 127 n.ª 5, Wendt *Lehrb. d. Pand.* p. 202, Salivas et Bellan *Éléments de droit romain* Paris 1884-87 vol. 2 pag. 140, Baron *Pandekten* 8ª ediz. pag. 383. Meraviglia desta Unterholzner *Die Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen* perchè nel vol. 1 pag. 251 n.ª *g* intende la L. 69 nel senso che lo schiavo sia morto dopo la conclusione del contratto, mentre a pag. 250 n.ª *n.* mostra chiaramente di opinare che più non esista già quando viene conclusa la *stipulatio.*

avere significato diverso dal « mortuus (tempore promissionis) » della prima parte, mentre le due espressioni sono congiunte da un *quemadmodum?* pertanto è nulla l'obbligazione principale e con essa l'obbligazione accessoria della pena, come altrove abbiamo detto [1]. Per questo motivo, della nullità dell'obbligazione principale, il debitore non è tenuto alla pena, e non già perchè non possa attribuirsi a sua colpa l'inesecuzione di un'obbligazione valida, come erroneamente interpretano altri autori; dato ciò, non sorprende affatto l'accoppiamento di una stipulazione convenzionale e di una stipulazione pretoria.

34. — Per completare questo paragrafo dobbiamo considerare l'ipotesi di esecuzione parziale dell'obbligazione principale, per ciò che essendovi in questa più soggetti passivi o attivi l'obbligazione non viene eseguita da tutti i soggetti passivi o verso tutti i soggetti attivi; sia che fin da principio vi sia stata pluralità di persone, sia che questa sia sopraggiunta più tardi in seguito alla morte dell'unico debitore o creditore il quale abbia lasciato più eredi.

Questi due casi, essendo in fondo identici, devono essere governati dalle medesime regole; e poichè il secondo caso è il solo contemplato dalle fonti ed il più frequente in pratica, ci atteniamo ad esso nella nostra esposizione.

La questione da risolvere è la seguente: venendo eseguita parzialmente l'obbligazione principale, da parte di uno o di alcuni fra gli eredi del debitore, oppure verso uno od alcuni fra gli eredi del creditore, incorreranno nella pena anche gli eredi innocenti, potranno agire anche gli eredi soddisfatti? [2]

35. — Separiamo l'ipotesi di più eredi del debitore da quella di più eredi del creditore, e cominciamo dalla prima.

[1] Vedi num. 18.

[2] Si suppone naturalmente che l'obbligazione principale sia divisibile, come avviene nella maggior parte dei casi, consistendo d'ordinario la pena in una somma di denaro..

Dopo serio esame delle fonti e degli autori, si resta convinti che bisogna distinguere le *obligationes dandi* dalle *obligationes faciendi.*

Nelle *obligationes dandi* l'inesecuzione da parte di uno o di alcuni fra gli eredi del debitore fa sì che anche gli altri siano tenuti alla pena, ciascuno per la sua parte ereditaria; nelle *obligationes faciendi* questo stesso si verifica quando si tratta di un *factum individuum*, mentre trattandosi di un *factum dividuum*, solamente chi non eseguisce l'obbligazione è tenuto per la sua parte ereditaria.

Quel che abbiamo affermato per le *obligationes dandi* risulta chiaramente dai seguenti testi:

L. 25 § 13 D. *famil. ercisc.* 10, 2 (Paulus *lib. vicens. tert. ad ed.*): « ... in pecunia promissa a testatore, si sub poena pro-
« missa sit: nam licet haec obligatio dividatur per legem duo-
« decim tabularum, tamen quia nihilum prodest ad poenam evi-
« tandam partem suam solvere .... (si) solvit unus universam
« pecuniam quam defunctus promittit, ne poena committeretur,
» familiae erciscundae iudicio a coheredibus partes recipere pot-
« erit ».

L. 5 §§ 3a e 4 D. *de V. O.* 45, 1 (Pompon. *lib. vicens. sexto ad Sab.*):

§ 3a: « Si sortem promiseris et, si ea soluta non esset, poe-
« nam, etiamsi unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte
« solverit, nihilo minus poenam committet, donec portio coheredis
« solvatur ».

§ 4: « Idemque est de poena ex compromisso, si unus pa-
« ruerit, alter non paruerit sententiae iudicis: sed a coherede ei
« satisfieri debet ».

L. 85 § 6 D. h. t. (Paulus *lib. septuag. quinto ad ed.*):
« Item si ita stipulatio facta sit - si fundus Titianus datus non erit,
« centum dari? - nisi totus detur, poena committitur centum nec
« prodest partes fundi tradere [mancipare *Paul.*] cessante uno,

« quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem cre-
« ditori solvere » [1].

Molitor [2] crede che nella L. 85 § 6 si tratti di *stipulatio poenae* principale. Ma in tal caso la pena sarebbe *commissa* solo quando si fosse resa impossibile la tradizione del fondo, conforme alle regole sulle condizioni che governano questa specie di *stipulatio poenae* [3]; diversamente decide invece Paolo. Come non si tratti di *stipulatio poenae* principale risulta anche dal confronto col pegno. Bisogna quindi ammettere che alla *stipulatio* « si fun-
« dus Titianus datus non erit, centum dari? » ne preceda un'altra rivolta alla *datio fundi* [4]. Tanto Molitor poi, quanto altri autori [5], credono che vi sia un solo soggetto passivo. Ma è chiaro che quel « cessante uno » vuol dire *cessante uno herede*, specie ove lo si confronti col paragrafo precedente: « In solidum vero
« agi oportet et partis solutio adfert liberationem, cum ex causa
« evictionis intendimus: nam *auctoris heredes* in solidum denun-
« tiandi sunt omnesque debent subsistere et *quolibet defugiente*
« omnes tenebuntur, sed unicuique pro parte hereditaria praesta-
« tio iniungitur ».

Come per le *obligationes faciendi*, a differenza delle *obligationes dandi*, occorra distinguere e ritenere che tutti gli eredi del debitore incorrano nella pena anche per l'inadempimento da parte di un solo fra essi se trattasi di *factum individuum*, mentre, trattandosi di *factum dividuum* solo chi non eseguisce è tenuto, risulta chiaramente dalla famosa L. 4 § 1 D. *de V. O.* 45, 1 (Paul. *lib. duodec. ad Sab.*): « Cato libro quinto decimo scribit
« poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo
« promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum

[1] Pel confronto col pegno vedi anche L. 25 § 14 D. *fam. ercisc.* 10. 2.
[2] *Les oblig. en dr. rom.* vol. 1 pag. 199.
[3] Cfr. num. 27.
[4] Arg. anche § 5 L. cit.
[5] Tra questi Pothier *Pand. Iustin.* 45. 1. 62 trad. ital. 3ª ed. vol. 3 col. 863, Girard *De la stipulatio poenae etc.* Paris 1877 pag. 64.

« sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro por-
« tione hereditaria aut ab uno pro portione sua: ab omnibus, si id
« factum de quo cautum est, individuum sit, veluti - iter fieri -
« quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo
« factum videretur: at si de eo cautum sit, quod divisionem reci-
« piat, veluti - amplius non agi - tum eum heredem, qui adversus
« ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. differentiae
« hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse vi-
« dentur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipu-
« lationem - per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat -.
« sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in
« illa stipulatione - Titium heredemque eius ratum habiturum -;
« nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ra-
« tum, et solus aget, a quo fuerit petitum: idque et Marcello
« videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non
« potest ».

Conviene spiegare tale passo, perchè spesso fu interpretato male. In esso si possono distinguere due parti. Nella prima, fino alle parole « quo minus mihi ire agere liceat » Paolo riporta un'opinione di Catone. Nella seconda, che comincia colle parole « sed videamus », Paolo aderisce al parere di questo giureconsulto ed aggiunge qualche sua osservazione. Cominciamo dal primo brano. Qualcuno ha promesso di pagare una somma di denaro pel caso non eseguisca una data obbligazione. Morto il promittente, uno degli eredi contravviene all'obbligazione assunta dal suo autore. Afferma Catone che può darsi che incorrano tutti gli eredi nella pena od invece vi incorra soltanto l'erede il quale ha violato la promessa; e precisamente, incorreranno tutti nella pena quando l'obbligazione principale abbia per oggetto un *factum individuum*, vi incorrerà invece il solo erede colpevole quando si tratti di un *factum dividuum*. Pel primo caso si adduce ad esempio la stipulazione *iter fieri*, pel secondo la stipulazione *amplius non agi*. Si indica quindi il motivo di questa differenza,

cioè che nel primo caso la contravvenzione di un solo fra gli eredi produce per lo stipulante le stesse conseguenze come se tutti avessero mancato all'impegno (il che non è nell'altro caso). Ed eccoci giunti al secondo brano. Paolo, aderendo alla dottrina di Catone, nota che per la *stipulatio amplius non agi* non si verificano le stesse conseguenze come nella stipulazione *iter fieri*, bensì quelle stesse che nella stipulazione *Titium heredemque eius ratum habiturum*, nella quale è tenuto soltanto l'erede che ha violata l'obbligazione e può agire fra gli eredi dello stipulante soltanto quello, in confronto del quale si verificò il *factum contrarium*. Tale è pure il parere di Marcello - soggiunge Paolo - quantunque il principale *(Titius)* non possa ratificare parzialmente senza incorrere in tutta la pena [1].

Quanto è detto nella L. 4 § 1 circa la stipulazione *ratam rem haberi* si nota pure nella L. 44 § 6 D. *famil. ercisc.* 10, 2 (Paulus *lib. sexto ad Sabinum*): « Si quis stipulatus fuerit Ti-
« tium heredemque eius ratum habiturum et Titius pluribus here-
« dibus relictis decesserit, eum solum teneri qui non habuit ra-
« tum et solum ex heredibus stipulatoris acturum a quo fuerit
« petitum » [2].

Pei *facta individua* confermano la regola esposta nella L. 4 § 1 la L. 25 § 12 D. *fam. ercisc.* 10, 2 (Paul. *lib. vicens. tert. ad ed.*): « In illa quoque stipulatione prospiciendum est cohere-
« dibus, si testator promiserat - neque per se neque per heredem
« suum fieri quo minus ire agere possit - quoniam uno prohibente
« in solidum committitur stipulatio, ne unius factum ceteris dam-
« nosum sit » e la L. 85 § 3 D. *de V. O.* 45, 1 (Paulus *lib.*

[1] Per l'ultima proposizione « quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest » cfr. num. 32.

[2] Più esattamente nei B. 42. 3 c. 43 § 6. εἰ δὲ καί τις ἐπερωτήσει, ἢ ἐπερωτηθῇ τὴν ἱκανοδοσίαν περὶ αὐτοῦ καὶ τῶν κληρονόμον αὐτοῦ, καὶ ὁ εἷς μὴ ἀποδέξεται, ἢ ὁ εἷς μόνος ἐνάγεται, αὐτῷ μόνῳ, καὶ κατ' αὐτοῦ ἁρμόζει ἡ ἀπαίτησις. (Sed et si quis stipulatus fuerit aut promiserit cautionem de rato habendo ratione sui et heredum suorum, et unus ratum non habuerit, vel unus tantum conveniatur, ipsi soli et adversus ipsum actio competit) vol. 4 pag. 275.

septuag. quinto ad ed.): « Quod si stipulatus fuero - per te here-
« demve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea
« factum sit, tantum dari? - et unus ex pluribus heredibus pro-
« missoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius
« facto omnes teneri, quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen
« in partem prohibeor: sed ceteri familiae erciscundae iudicio sar-
« cient damnum ». Cfr. per quest'ultimo testo la L. 2 § 5 D. h. t.

La frase « verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri » mostra che del resto vi era stata controversia fra giureconsulti sull'argomento.

Gli eredi innocenti, che incorrono nella pena per l'inesecuzione da parte di uno o di alcuni fra i coeredi, hanno il diritto di regresso contro il coerede o i coeredi colpevoli, come attestano chiaramente le LL. 25 § 13, 5 § 4, 85 § 3 dianzi trascritte.

36. — Passiamo all'ipotesi che sieno più gli eredi del creditore e solamente verso uno od alcuni di questi si verifichi l'inesecuzione dell'obbligazione principale. È *commissa* la pena anche a favore dell'erede o degli eredi soddisfatti?

Esaminando le fonti e gli autori si resta convinti che bisogna fare delle distinzioni analoghe a quelle dell'ipotesi di più eredi del debitore; però con questa importante aggiunta, che, allorchè in base alle distinzioni fatte per l'ipotesi precedente, gli eredi del creditore soddisfatti avrebbero pur essi il diritto di agire *ex stipulatu*, è concessa *ob aequitatem* al debitore un'*exceptio doli* per respingerne l'azione.

L. 4 § 1 D. *de V. O.* 45, 1 (Paul. *lib. duodec. ad Sab.*):
« . . . in illa stipulatione - Titium heredemque eius ratum habi-
« turum -; nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non ha-
« buerit ratum, *et solus aget, a quo fuerit petitum* . . . »

Qui si vede come trattandosi di obbligazione avente per oggetto un *factum dividuum* solamente l'erede del creditore che subì la contravvenzione possa agire.

L. 2 § 6 D. h. t. (Paul. *lib. quadr. ad Sab.*): « Contra au-

« tem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi heredique « suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, inter- « esse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio an pro « parte eius qui prohibitus est, nam si poena stipulationi adiecta « sit, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli mali « exceptione summovebuntur: si vero poena nulla posita sit tunc « pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio ».

L. 3 D. h. t. (Ulp. *lib. quadr. nono ad Sab.*): « (Si ergo: « in stipulatione - mihi heredique meo habere licere? - unus ex « heredibus stipulatoris prohibeatur, pro eius tantummodo parte « committetur stipulatio: quod si unus ex pluribus promissoris « heredibus prohibuerit, tenentur et coheredes eius) idem iuris est « in illa stipulatione - mihi heredique meo habere licere? - [idem « licere? *ins. Trib.*] [1]. Sed haec differentia illam habet rationem, « quod ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex « stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subiecta sit: « nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic « non quaerimus, cuius intersit. enimvero ubi unus ex heredibus « prohibet, omnes tenentur heredes: interest enim prohibiti a ne- « mine prohiberi ».

Entrambe queste leggi, a differenza della L. 4 § 1, risguardano il caso di obbligazione avente per oggetto un *factum individuum*. Ulpiano si limita ad affermare la *commissio poenae*, mentre Paolo attesta anche come il convenuto possa opporre l'*exceptio doli* a quegli eredi del creditore verso i quali non si verificò la contravvenzione.

Tanto Ulpiano poi quanto Paolo contemplano anche il caso in cui non sia stata aggiunta la promessa di una pena e mostrano come vada decisa diversamente in tal caso la questione, mentre qui *ipso iure* la stipulazione è *commissa* solo a favore di quell'erede dello stipulante verso il quale si verificò l'infrazione. E

[1] Cfr. Lenel *Palingenesia iuris civilis* vol. 2 col. 1193.

Ulpiano enuncia il motivo della diversa decisione: cioè che nel caso in cui non fu aggiunta la promessa di una pena non può avere azione che colui *cuius interest* e quindi sono esclusi gli eredi verso i quali non avvenne la contravvenzione, non essendo essi danneggiati. Ulpiano nel brano trascritto, per questo caso di *stipulatio* senza l'aggiunta di una pena convenzionale, contempla anche l'ipotesi di più eredi del debitore (della quale Paolo parla nel paragrafo 5 della legge 2) ed afferma che tutti saranno tenuti per la contravvenzione di un solo, perchè lo stipulante è leso nel suo diritto anche quando un solo violi l'obbligazione. Un avvertimento dobbiamo fare circa l'espressione « *poena in solidum committetur* » della L. 2 § 6. Qui si vuol dire che tutta la pena è *commissa*, in modo che ciascun erede dello stipulante può agire per la sua parte, non già che ciascuno possa pretendere l'intera pena. Tale avvertimento a primo aspetto sembrerà superfluo, ma cessa di sembrar tale ove si pensi che alcuni autori sono incorsi in quell'errore di interpretazione. *Mutatis mutandis*, l'avvertimento va fatto anche per la frase « *in solidum committitur stipulatio* » della L. 25 § 12 D. *famil. ercisc.* 10, 2 citata poco prima svolgendo l'ipotesi di più eredi del debitore [1].

Molitor [2] legge nel frammento di Paolo: « ... si poena sti-
« pulationi adiecta sit, in solidum committetur, sed qui non sunt
« prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur si poena nulla
« posita sit, et tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est
« committetur stipulatio » derivandone naturalmente una diversa decisione. Come tale lezione, oltre che affatto arbitraria, sia pure intrinsecamente inammissibile è chiaro, nè occorre combatterla; conveniva invece notarla, data la valentia dello scrittore.

[1] Colle parole di Cuiacio (*Comm. in lib. 75 Paul. ad ed.* ad L. 85 cit. *Opp. omnia* vol. 5 col. 1377), la cui retta interpretazione non impedì che più tardi si riproducesse l'errore: « nec enim hoc vult in solidum poenam committi in singulos he-
« redes, sed committi in omnes totam poenam sine diminutione ita ut singuli tamen
« pro partibus hereditariis conveniantur ».

[2] *Les obligations en droit romain* vol. 1 pag. 200.

Gli autori - è importante avvertirlo - mentre prendono in considerazione la L. 4 § 1 quando trattano dell' ipotesi di più soggetti passivi, la trascurano invece quando esaminano l' ipotesi di più soggetti attivi; hanno torto, perchè a quella seconda ipotesi si riferiscono nel modo più chiaro le parole che ne abbiamo riprodotto. Da siffatta trascuranza è derivata l' affermazione che sempre la pena è *commissa* verso tutti i creditori, salvo la concessione dell'*exceptio doli* al debitore contro i creditori soddisfatti [1]; affermazione inesatta, perchè nel caso di *factum dividuum* la pena *ipso iure* è *commissa* solamente a vantaggio del creditore verso il quale l'obbligazione non fu eseguita.

§ 8. *Diritti del creditore in seguito alla commissio poenae.*

37. — Dopo aver parlato della *commissio poenae* ci si presenta adesso naturale la domanda: quali diritti ha il creditore in seguito alla *commissio poenae?*

Riscontrati i passi relativi a tale quesito, apparisce chiaro che il diritto del creditore può essere più o meno largo a seconda dei casi: e precisamente, egli può aver diritto soltanto alla pena; oppure può aver diritto, a sua scelta, alla prestazione principale od alla pena; od infine può aver diritto ad un tempo alla prestazione principale ed alla pena.

Corrispondentemente a questi tre casi, ecco tre categorie di testi:

1) L. 115 § 2 D. *de V. O.* 45, 1.
2) L. 10 § 1 D. *de pactis* 2, 14; L. 15 D. *de transact.* 2, 15; LL. 41, 42, 71 pr. D. *pro socio* 17, 2; L. 28 D. *de act. empti vend.* 19, 1; L. 12 § 2 D. *de pact. dotal.* 23, 4; L. 4 § 7 D. *de doli mali et met. except.* 44, 4;

[1] Così anche Vangerow *Lehrb. d. Pand.* 7ª ed. vol. 13 pag. 14 num. 3.

L. 122 § 2 D. *de V. O.* 45, 1; L. 14 C. *de pactis* 2, 3; L. 40 C. *de trans.* 2, 4.

3) L. 16 D. *de transact.* 2, 15; LL. 115 § 2 e 122 § 6 D. *de V. O.* 45, 1; L. 17 C. *de transact.* 2, 4.

38. — Cominciamo dall'ipotesi del diritto più largo del creditore, quella cioè in cui il debitore era tenuto alla prestazione principale ed alla pena. Esaminate le fonti, noi vediamo come, affinchè ciò si verificasse, occorreva un accordo delle parti in questo senso; il creditore ha diritto alla prestazione principale ed alla pena, per dirla colle fonti: « cum id actum probatur, ut « si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur ».

In materia di transazione era frequente una manifestazione di volontà di questo genere, che si esplicava d'ordinario colla clausola che la pena dovesse esser pagata *rato manente pacto* o simili.

L. 16 D. *de transact.* 2, 15 (Hermogenianus *lib. primo iuris epitom.*): « Qui fidem licitae transactionis rupit, non excep- « tione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra « placitum fecerit rato manente pacto, stipulanti recte promiserat, « praestare cogetur ».

Cfr. L. 15 D. *eod.* Adde L. 17 C. *de transact.* 2, 4.

Un esempio di dichiarazione che la pena dovesse aggiungersi alla prestazione principale abbiamo anche nel *T. Flavii Syntrophi instrumentum donationis;* ove leggiamo: « Si adversus ea factum « erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari et amplius, « poenae nomine, sestertium quinquaginta milia nummum stipu- « latus est T. Flavius Syntrophus, spopondit T. Flavius Aïtha- « les libertus » [1].

Non occorre del resto che l'intenzione delle parti diretta al cumulo delle due prestazioni sia stata espressamente dichiarata; mentre può essere anche tacita. L'intenzione del cumulo non

[1] Vedi Bruns *Fontes iuris rom. ant.* 5 ed. pagg. 253-255.

dichiarata espressamente può scoprirsi esaminando l'indole del negozio, indagando lo scopo particolare avuto in mira dalle parti nello stipulare la pena, e sopratutto confrontando il valore della prestazione principale col valore della pena; se questo è notevolmente inferiore a quello, potremo affermare con sicurezza che le parti hanno avuta l'intenzione che, in caso d'inadempimento, si cumulassero prestazione principale e pena. La pena pattuita pel semplice ritardo è evidentemente destinata ad esser cumulata colla prestazione principale. E così quando oggetto di ambedue le obbligazioni è una somma di denaro, non può esservi dubbio sul diritto del creditore ad entrambe le somme; infatti, non potendo la pena superare l'interesse legale, essa in tal caso tien luogo degli interessi moratorî, che per loro natura vanno aggiunti alla prestazione principale. In dubbio, conforme ai principî generali in materia d'interpretazione, il cumulo deve escludersi, come svantaggioso pel debitore.

39. — Dal caso in cui il creditore ha la maggior copia di diritto, passiamo al caso opposto, al caso cioè in cui può soltanto pretendere la pena. Abbiamo da dire solo questo, che la L. 115 § 2 D. *de V. O.* 45, 1, di Papiniano, altra volta citata, ci mostra chiaramente che anche qui occorre un accordo delle parti nel senso suddetto.

« *Sed et si ita cautum sit,* ut sola pecunia non soluto ho-
« mine debeatur . . . . » dice il giureconsulto.

40. — Contempliamo ora il terzo caso, quello della scelta pel creditore fra la prestazione principale e la pena. Avendo mostrato che il creditore ha diritto alla prestazione principale ed insieme alla pena solo quando sia intervenuto fra le parti uno speciale accordo in questo senso, e d'altra parte che è costretto ad accontentarsi della pena del pari solo nel caso di uno speciale accordo in quest'altro senso, abbiamo implicitamente fatto conoscere che la scelta fra le due prestazioni era la regola, la quale si verificava ogni qualvolta una o l'altra delle due convenzioni

in senso contrario testè accennate non vi avesse derogato. Appunto perchè questa ipotesi era la normale, noi la riscontriamo nella maggior parte dei testi, i quali mostrano che si avverava così quando la *stipulatio poenae* era aggiunta ad un patto, ad una transazione, come quando era unita ad un contratto.

41. — Esaminando gli autori, troviamo due punti di disaccordo dall'affermazione ora fatta, che bisogna singolarmente considerare.

42. — Opinano alcuni scrittori [1] che essendo stata aggiunta la *stipulatio poenae* ad un patto remissorio o ad una transazione, di pieno diritto, cioè senza bisogno di un particolare accordo, vi fosse luogo al cumulo, sicchè colui il quale contravveniva al negozio potesse esser tenuto ad osservare il patto o la transazione e di più esser costretto a pagare la pena.

A nostro avviso, quest'opinione è assolutamente erronea. Perchè cumulo si verificasse, occorreva anche qui, come negli altri casi, uno speciale accordo in tal senso - accordo, che, come sopra dicemmo, si esprimeva d'ordinario colla clausola che la pena dovesse pagarsi *rato manente pacto, manente transactionis placito* e simili -. Anche qui, come per gli altri negozî, in difetto di particolari accordi aveva luogo la scelta; lo stipulante poteva far valere il patto o la transazione rinunziando alla pena, oppure poteva pretendere il pagamento della pena rinunziando al patto od alla transazione. I passi parlano esplicitamente in favore della nostra opinione.

L. 10 § 1 D. *de pactis* 2, 14 (Ulp. *lib. quarto ad edictum*): « Si pacto (scil. de non petendo) subiecta sit poenae sti-
« pulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex
« stipulatu actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via
« uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa
« pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulatio-
« nem ferre ».

[1] Fra questi anche Kersten *De poena conventionali* Lipsiae 1839 pag. 32.

L. 12 § 2 D. *de pact. dotal.* 23, 4 (Paul. *lib. triges. quinto ad ed.*): « Si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis « a se petatur et poenam stipulata sit, Mela ait alterutro eam « contentam esse oportere: vel exceptione pacti et acceptam fa- « cere poenae obligationem, vel, si ex stipulatu agat, denegan- « dam ei exceptionem ».

L. 15 D. *de transact.* 2, 15 (Paulus *lib. primo sentent.*): « Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subici solet: sed « consultius est huic poenalem quoque stipulationem subiungere, « quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest ».

L. 40 C. *de transact.* 2, 4 (Impp. Gratian. Valentin. et Theodos. AAA. Eutropio pp.): « Ubi pactum vel transactio scripta « est atque Aquilianae stipulationis et acceptilationis vinculis fir- « mitas iuris innexa est, aut subsecutis secundum leges accomo- « dandus est consensus aut poena una cum his quae data pro- « bantur ante cognitionem causae, si et adversarius hoc maluerit, « inferenda est. *D. III non. Jun. Constantinop. Eucherio et Sya- « grio conss.* [a. 381] ».

I due primi testi contengono quattro testimonianze a noi favorevoli, sendochè in uno Ulpiano conferma una decisione di Sabino e nell'altro Paolo riproduce una soluzione del giureconsulto Mela.

Nella legge del Codice le parole « subsecutis secundum leges » indicano il patto o la transazione conclusa fra le parti, sicchè tutta la frase: « aut subsecutis secundum leges accomodandus est « consensus » corrisponde a quest'altra più chiara: « aut actor « parere debet pacto vel transactioni ».

Veggansi a conferma della teoria suesposta anche i numerosi ed espliciti scôli dei Basilici [1].

Ai passi trascritti vanno aggiunti quelli in cui eccezionalmente è ammesso il cumulo perchè vi fu una manifestazione di volontà in questo senso.

[1] Ad c. 10 § 1 lib. II tit. I = L. 10 § 1 *de pactis* 2, 14.

L. 16 D. *de transact.* 2, 15 (Hermogen. *libro primo iuris epitom.*) num. 38.

L. 17 C. h. t. 2, 4 (Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Marcello): « Cum proponas ab ea, contra quam supplicas, litem « quam tecum habuit transactione decisam eamque acceptis quae « negotii dirimendi causa placuerat dari nunc de conventione re- « siluisse, ac petas vel pacto stari vel restitui data, perspicis, « si quidem de his reddendis manente transactionis placito statim « stipulatione, si contra fecerit, prospexisti et quinque et viginti « annis maior fuit, quod exceptionem pacti et actionem datorum « habeas: quod si nihil tale convenit, exceptio tibi, non etiam « eorum quae dedisti repetitio competit securitate parta *PP. V.* « *id. Iun. AA. conss.* » [a. 293].

In questa legge del Codice dobbiamo rilevare un' inesattezza di espressione nel periodo: « quod si nihil - securitate parta ».

L' Imperatore dominato dal proposito di dichiarare questo, che in mancanza di uno speciale accordo non vi ha luogo al cumulo - « exceptio tibi, non *etiam* repetitio competit » - usa un linguaggio, che, preso *ad litteram* escluderebbe la scelta per lo stipulante fra l'*exceptio* e la pena, concedendogli unicamente il diritto alla pena. È vano lo sforzo degli avversarî per far convergere il passo, traendo profitto di questa inesattezza, alla loro teoria. Essi così interpretano la fine del testo: - se non si è fatta tale convenzione, cioè se non si è aggiunta la clausola penale alla transazione, etc.

Ma è evidente come sarebbe stato affatto inutile dire che non essendo stata aggiunta *stipulatio poenae* avrebbe avuto luogo unicamente l'eccezione del patto, e chiara quindi apparisce l'inverosomiglianza di tale interpretazione; invece l' inesattezza di espressione da noi affermata si comprende benissimo, riflettendo che la mente dell' Imperatore, come abbiamo detto, era occupata dal pensiero di escludere il cumulo in mancanza di una speciale convenzione in questo senso.

Gli avversari invocano anche la L. 122 § 6 D. *de V. O.* 45, 1 (Scaevola *lib. vicens. oct. digest.*). Vedi num. 25.

E a primo aspetto, effettivamente, questa legge riesce imbarazzante per la dottrina che sosteniamo. Nè può accettarsi la conciliazione di Cuiacio e di Donello, cui si uniscono altri autori, anche moderni [1]. Il giureconsulto - osservano questi scrittori - dice semplicemente che il debitore è incorso nella pena, non dice che l'otterrà; forse egli ragiona in diritto puro, facendo astrazione dall'eccezione di dolo colla quale la domanda della pena potrebbe venir respinta. Questa spiegazione non regge, a mio giudizio, per la considerazione dell'importanza del fatto che il giureconsulto avrebbe taciuto. Come potrebbe ammettersi che il giureconsulto nel rispondere al quesito si fosse limitato a dire che la pena è *commissa*, senza soggiungere che però non potrebbe ottenersi, dato che tale fosse stata la sua intenzione? ciò che interessava era appunto questo, se fosse possibile o no conseguire la pena. Ma, se non può accettarsi questa conciliazione, sembrami tuttavia, riflettendo, che la L. cit. non faccia ostacolo, sendochè a chi l'esamina attentamente apparisce chiaro che la pena in quella fattispecie è stabilita come risarcimento delle inquietudini e dei danni in genere del dover sostenere una lite; tacitamente quindi fu convenuto che potesse esigersi *rato manente pacto;* il giureconsulto accenna appunto a speciali circostanze « secundum ea quae proponuntur ».

Gli avversari adducono pure, a suffragio della loro opinione, la L. 37 C. *de transact.* 2, 4 (Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Basilissae): « Promissis transactionis causa non impletis « poenam in stipulationem deductam, si contra factum fuerit, « exigi posse consistit *S. XII K. Jan. Nicomediae CC. conss.* » [a. 294].

Ma questa costituzione non dice che lo stipulante possa, oltre

[1] Fra questi Thoureau *De la clause pénale dans les obligations* Paris 1883 pag. 55.

che chiedere la pena, pretendere che sia osservata la transazione; essa afferma soltanto il diritto al pagamento della pena.

In conclusione il *pactum de non petendo* e la transazione non si allontanano dalla norma che in mancanza di speciali convenzioni lo stipulante ha la scelta fra le due cose promesse. Il che non esclude che di fatto qui il cumulo si riscontri più spesso che in qualunque altro caso, *naturalmente perchè, data l'indole del negozio, più spesso pattuito* [1].

Passiamo all'altro punto di disaccordo.

43. — Se l'opinione che or ora abbiamo finito di considerare, in confronto della nostra affermazione allarga in un caso il diritto del creditore, quest'altra, che adesso esaminiamo, per un'altra ipotesi invece lo restringe.

Sostengono parecchi autori [2] che si debba distinguere a seconda che il vincolo principale è un contratto di buona fede oppure una *stipulatio;* nel primo caso lo stipulante, in seguito alla *commissio poenae,* avrebbe la scelta fra l'esecuzione dell'obbligazione principale e la pena, nel secondo invece avrebbe diritto unicamente alla pena. Sembra ai detti autori che questa distinzione risulti in modo chiaro dai testi. Il giureconsulto Paolo - dicono essi - contemplando nella L. 44 § 6 D. *de O. et A.* 44, 7 l'ipotesi che la *stipulatio poenae* sia aggiunta ad un'altra *stipulatio,* si domanda se verificandosi la condizione della *stipulatio poenae,* cioè non venendo eseguita l'obbligazione derivante dalla *stipulatio* principale, quest'ultima sussista od invece venga tras-

[1] La frequenza di una convenzione del cumulo in siffatti negozî è attestata espressamente nello sch. 2 ad B. 11, 2 c. 34: ὥσπερ δὴ ποιεῖν εἰώθασιν μέχρι τῆς σήμερον οἱ διαλυόμενοι (sicuti hodienunc transigentes facere consueverunt. Ediz. di Heimbach vol. 1 pag. 703).

[2] Fra questi Savigny *Das Obligationenrecht* vol. 2 pag. 277, Ubbelohde *Die Lehre von den untheilb. Schuldverhältn.* Hannover 1862 pag. 122 nota 2, Salpius *Novation u. Deleg.* Berlin 1864 pagg. 240, 241, Salkowski *Zur Lehre von der Novation* Leipzig 1866 pag. 197 e segg., Demangeat *Cours élém. de dr. rom.* 2. ed. vol. 2 pag. 202, De Crescenzio *Sistema del diritto civile romano* vol. 2 pagg. 412, 413, Neuenfeldt *Ist die Conventionalstrafe etc.* Berlin 1885 pag. 31 e segg., Bry *Principes de dróit rom.* Paris 1892 pag. 297.

ferita in quella derivante dalla *stipulatio poenae* e così distrutta; egli risolve il problema in questo secondo senso, paragonando tale risultato a quello di una novazione. E Papiniano - seguitano i suddetti autori - per la stessa ipotesi, nella L. 115 § 2 D. *de V. O.* 45, 1, afferma che se non si pattuì il cumulo, cioè il diritto alla prestazione principale ed alla pena, il creditore può soltanto domandare la pena. Oltre queste testimonianze, qualcuno fra gli avversarî adduce la L. 14 C. *de pactis* 2, 3, come quella che nell'ipotesi di due stipulazioni concederebbe al creditore soltanto il diritto di esigere la pena, rimanendo però in facoltà del debitore di fare la prestazione principale ed evitare così la pena. L'affermazione del semplice diritto di domandare la pena nel caso di due stipulazioni trova conferma, sempre stando agli avversarî, nella dottrina accolta in materia di legato penale nelle L. 1 § 8 D. *ad leg. Falcid.* 35, 2 e 24 pr. D. *quando dies legat.* 36, 2.

Esaminiamo singolarmente gli argomenti degli avversarî, lasciando ultimo il passo di Paolo.

Quanto al testo di Papiniano, basta leggerlo per vedere come non dica affatto ciò che gli avversarî gli fanno dire. Chiaramente mostra ed afferma Papiniano che lo stipulante può soltanto pretendere la pena quando vi sia stata una speciale convenzione in questo senso: « Sed *si ita cautum sit*, ut sola pecunia non « soluto homine debeatur, idem defendendum erit » (cioè che non essendo stato fissato un termine per l'adempimento dell'obbligazione principale la *commissio poenae* si verifica subito che sia possibile eseguire l'obbligazione ed il debitore non l'adempia) [1], « quoniam fuisse voluntas probatur ut homo solvatur aut pecunia « petatur ».

Le parole « sed si ita cautum sit » mostrano in modo assai chiaro l'esistenza di una convenzione particolare. E lo conferma quanto dice immediatamente prima il giureconsulto: « quod sine

« dubio verum erit (cioè la regola dianzi enunciata circa il mo-
« mento della *commissio poenae*) *cum id actum probatur*, ut, si
« homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur ».

Senza dubbio Papiniano contempla i casi di due speciali convenzioni in senso contrario – una rivolta al cumulo della prestazione principale colla pena, l'altra alla limitazione del diritto del creditore alla domanda della pena, escludendo la scelta fra questa e la prestazione principale –. Ora è davvero inesplicabile che gli avversarî, mentre nel « cum id actum probatur » ravvisano anch'essi l'esistenza di una particolare convenzione (quella del diritto ad entrambe le prestazioni), mostrino poi di non ammettere una convenzione speciale nel « sed si ita cautum sit ». Sembra a me che il passo di Papiniano offra una testimonianza della dottrina che pur quando la prima convenzione era una *stipulatio* il creditore avesse diritto alla scelta anche in questo, che indicando particolarmente coll'espressa indicazione di speciali accordi i due casi summenzionati, fa intendere implicitamente che in difetto di particolari accordi vigeva il principio della scelta [1].

Esaminiamo adesso la L. 14 C. *de pactis* 2, 3 (Imp. Gordianus A. Caecilio militi) « Si pacto, quo poenam adversarium
« tuum promisisse proponis, si placito non stetisset, stipulatio
« subiecta est, ex stipulatu agens vel id quod in conventionem
« devenerat, ut fiat, consequeris vel poenam stipulatione compre-
« hensam more iudiciorum exiges..... PP. K. April. *Gordiano*
« *A. II et Pompeiano conss.* [a. 241] » da cui alcuni fra gli avversari vogliono trarre una testimonianza a loro vantaggio. Anche qui, esaminando il testo serenamente, mi sembra che vi sia errore. Io credo che l'imperatore si riferisca all'ipotesi che per via di stipulazione taluno avesse promesso una data presta-

[1] Uno degli avversarî, Demangeat loc. cit., trova che il passo di Papiniano gli è favorevole anche in questo, che Papiniano « semble bien admettre que le créancier n'a le choix qu'autant que id actum probatur ut si homo datus non fuerit, homo et pecunia debeatur ». Strana confusione davvero! mentre questo è il caso del cumulo.

zione e quindi con semplice patto avesse promesso una pena pel caso non eseguisse quella prestazione e infine, siccome per costituire la pena convenzionale non bastava il semplice patto quando l' obbligazione principale era di stretto diritto, avesse nuovamente promesso la pena mediante *stipulatio;* l' imperatore in tale ipotesi decide che una volta che la convenzione dapprima non efficace era indi divenuta valida perchè rivestita della forma della *stipulatio,* il creditore agendo *ex stipulatu* poteva pretendere o la prestazione principale o la pena. Ecco così che la costituzione, anzichè suffragare la dottrina contraria, appoggia decisamente la nostra. Il punto di divergenza della nostra interpretazione da quello degli avversarî è questo, che noi crediamo che fin da principio la convenzione principale sia stata rivestita della forma della *stipulatio* e la convenzione penale dapprima sia stata conclusa mediante semplice patto e poscia per via di *stipulatio;* gli avversarî invece ritengono che per la convenzione principale si sieno verificati i due stadî del semplice patto e successivamente della *stipulatio,* mentre la convenzione penale fin da principio sia stata rivestita di questa forma. Ora ci sembra indiscutibile che le parole: « Si pacto, quo poenam adversarium tuum promisisse « proponis, si placito non stetisset, stipulatio subiecta est », mostrino chiaramente giusta la nostra interpretazione, ed errata invece l' altra [1].

Quanto ai testi relativi ai legati, crediamo fermamente che le decisioni in esse contenute, tanto più trattandosi di legati di alimenti, non si possano far valere per la stipulazione. In questo ci conforta l' autorità di Papiniano, il quale nella L. 115 § 2 D. *de V. O.* 45, 1, a proposito del momento della *commissio poenae,* rigetta per la *stipulatio* l' opinione di Sabino fondata sulla norma in vigore pel legato di alimenti; e la respinge con queste

[1] Come l'espressione *placitum* abbia nelle fonti anche valore affatto generale, sì da poter comprendere pure la *stipulatio,* vedilo nei lessici di Brissonio, Dirksen, Heumann.

parole: « idque (cioè la regola ammessa per la *penus legata*) uti-
« litatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei
« natura ».

Passiamo ora ad esaminare la L. 44 § 6 D. *de O. et A.* 44, 7 (Paul. *lib. septuages. quarto ad ed.*): « Sed si navem fieri sti-
« pulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae
« stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis
« condicio non tollat priorem? an vero transferat in se (scil. po-
« sterior priorem) et quasi novatio prioris fiat? quod magis ve-
« rum est ».

Mi sembra che nemmanco sopra questo passo possa fondarsi la teoria contraria alla nostra. Gli stessi avversarî riconoscono che è un passo oscuro, inesatto [1]. E infatti la traduzione che ne fanno non sta in armonia colle parole del giureconsulto. Questi dice: « videndum utrum duae stipulationes sint, pura et condicio-
« nalis » e Salkowski, per citarne uno fra gli avversarî, tra-duce: « so liegen zwei Stipulationen vor, eine pura und eine
« bedingte ».

Ora, una volta che interpretando *ad litteram* il passo di Paolo non ne deriva un senso ragionevole, non è lecito ritenere che abbia subìto delle alterazioni per opera dei compilatori, oppure, inesattezza per inesattezza, spiegarlo in modo conforme alla nostra opinione, che è suffragata dal passo di Papiniano e dalla costituzione di Gordiano, mentre la teoria avversaria, come abbiamo mostrato, è contradetta esplicitamente da queste due testimonianze? per esempio, intendendo che Paolo voglia soltanto dire che il creditore il quale sceglie la pena estingue implicitamente il suo diritto all'esecuzione dell'obbligazione principale come se facesse una novazione?

Del resto, checchè si voglia ammettere circa il passo di Paolo, noi escluderemo sempre che sopra un testo imperfetto ed oscuro,

[1] Vedi p. es. Salkowski *Zur Lehre von der Novation* Leipzig 1866 pag. 241.

concepito inoltre in forma dubitativa e che si riferisce forse ad un' ipotesi speciale richiedente una speciale decisione, sia lecito proclamare la dottrina che essendo stata aggiunta la *stipulatio poenae* ad un' altra *stipulatio*, il creditore in seguito alla *commissio* della *stipulatio poenae* possa soltanto domandare la pena; dottrina contraria manifestamente ai principî di diritto, alla volontà delle parti [1], alla logica ed all' equità, e di più disconosciuta da un altro testo di Papiniano, chiaro e semplice e che si esprime in termini generali.

44. — Dopo aver mostrato che senza distinzione in base all' indole dell' obbligazione principale lo stipulante ha sempre diritto a scegliere fra la prestazione principale e la pena quando non sieno intervenuti speciali accordi in senso diverso, notiamo adesso che quando il negozio principale è un contratto di buona fede il creditore, scelta la pena o la prestazione principale, poteva ancora pretendere l' eventuale di più o della prestazione principale o della pena. Questo risulta in modo chiaro dai seguenti testi.

L. 28 D. *de act. empti et vend.* 19, 1 (Iulianus *lib. tert. ad Urseium Ferocem*): « Praedia mihi vendidisti et convenit, ut « aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. respon- « dit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito « agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine sti- « pulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summo- « vebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex « vendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuerit « id fieri ».

[1] Come si può dire infatti con Salkowski *op. cit.* pag. 200 che la prestazione dell'oggetto della *stipulatio* principale fu rimesso alla facoltà del debitore mediante la conclusione della *stipulatio poenae?* (« Die Leistung aus der ersten Stipulation ist durch den Abschluss der zweiten Stipulation abhängig gemacht von dem Willen des Schuldners »). Come si può ritenere che per ciò solo che alla stipulazione *Pamphilum dari spondes?* fu aggiunta la stipulazione *si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?* si sia voluto estinguere l'obbligazione di dar Panfilo, non lasciando al creditore che il diritto di esigere la pena? È proprio il contrario che bisogna ammettere, mentre colla *stipulatio poenae* si è voluto rafforzare l'obbligazione di dar Panfilo.

L. 41 D. *pro socio* 17, 2 (Ulp. *lib. vicensimo ad ed.*): « Si « quis a socio poena stipulatus sit, pro socio non aget, si tan- « tundem in poenam sit, quantum eius interfuit ».

L. 42 D. h. t. (Ulp. *lib. quadrag. quinto ad Sab.*): « Quod « si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo hoc « minus accipiet poena ei in sortem imputata ».

La L. 28 mostra anche che se il creditore agisce *ex stipulatu* dopo aver esperita l'azione del negozio principale ed aver ottenuto per tal via un importo pari o superiore a quello della pena non viene respinto senz'altro *ipso iure*, ma è necessaria un'*exceptio doli* - il che si spiega colla formale indipendenza delle due azioni -. Che se viceversa il creditore dopo aver conseguito agendo *ex stipulatu* un importo pari o superiore a quello dell'interesse all'adempimento dell'obbligazione principale, intenta poscia l'azione derivante da quest'ultimo rapporto, un'*exceptio doli* non è necessaria, ma viene senz'altro respinto *officio iudicis:* qui la formale indipendenza delle due azioni, per l'effetto menzionato nel caso precedente - la necessità cioè di un'*exceptio doli* - è paralizzata dal fatto che è incerta l'*intentio* dell'azione del negozio principale (quidquid ob eam rem dare facere oportet) [1].

45. — Salpius [2], a proposito della L. 41, osserva che questo passo, come lo leggiamo nella compilazione giustinianea, obbligherebbe a ritenere che l'azione del negozio principale - nel caso concreto l'*actio pro socio* - fosse esclusa senz'altro dalla conclusione della *stipulatio poenae*, sicchè sarebbe escluso il diritto di scelta fra la prestazione principale e la pena, che gli altri testi indiscutibilmente ammettono quando il negozio principale è di

[1] Un errore grave, a proposito di questo diritto di domandare il di più, troviamo in Petit (*Traité élém. de droit romain* Paris 1893 pag. 453), il quale, invocando la L. 28, dice: che il creditore il quale avesse agito *poenae nomine* aveva il diritto di chiedere il di più coll'azione del contratto principale; che se invece da principio avesse intentato quest'azione, non poteva più agire *poenae nomine* per la differenza. Ora basta leggere la L. 28 per vedere che anche in questa seconda ipotesi si può agire *poenae nomine* per ottenere il di più.

[2] *Novation u. Delegation* Berlin 1864 pag. 243.

buona fede [1]. Ma se noi confrontiamo - prosegue Salpius - la L. 41 colla successiva, sorge naturale l'idea che i compilatori avendo voluto congiungere intrinsecamente due testi di Ulpiano tolti da libri diversi del suo commentario ad Sabinum (Salpius non è esatto nel dire che le due leggi appartengono a due libri diversi del commento di Ulpiano a Sabino, mentre appartengono ad opere diverse di Ulpiano) sieno stati costretti a modificare il primo passo; da ciò l'inesattezza di espressione, che, a primo aspetto, mette in imbarazzo. Ciò che Ulpiano ha detto - seguita sempre Salpius - era certamente solo questo, che quando l'interesse del *socius* non supera l'ammontare della pena, non si possa pretendere che o quello coll'*actio pro socio* o quest'ultima coll'*actio ex stipulatu* e non già ambedue le cose, con che si trova in perfetto accordo cogli altri testi i quali ammettono la scelta. Salkowski [2] si oppone a Salpius. Egli crede che il passo, com'è, indichi questo, che il *socius*, quando nella pena è compreso tutto il suo interesse, preferirà di servirsi dell'*actio ex stipulatu* anzichè intentare l'*actio pro socio* che lo obbligherebbe a fornire la prova difficile e incomoda dell'interesse: a questo si adatta benissimo la L. 42 che contempla il caso in cui l'interesse superi la pena; non vi ha quindi bisogno - conclude Salkowski - di ammettere che i compilatori abbiano modificato ciò che scrisse Ulpiano.

Esaminate con attenzione le due leggi, osserviamo quanto segue. Che per poter accoppiare due passi tolti da opere diverse di Ulpiano i compilatori vi abbiano fatto qualche mutazione, non è certo improbabile; in questo ci allontaniamo da Salkowski, accostandoci a Salpius. Concordiamo invece col primo in ciò, che la L. 41, anche così come è scritta nella compilazione giustinianea, non dice, quando bene la si interpreti, che già la con-

[1] Salpius si esprime così, perchè è uno di quelli che nel caso di due stipulazioni ritengono che il creditore possa unicamente pretendere la pena.

[2] *Op. cit.* pag. 211 nota 24.

clùsione della *stipulatio poenae* precluda al creditore l'esercizio dell'*actio pro socio*. E ciò, sia che la si intenda come fa lo stesso Salkowski, vale a dire nel senso che si tratti di una convenienza di fatto anzichè di una necessità giuridica, sia che si ammetta - e sembraci naturale - che Ulpiano sottintenda l'esercizio dell'*actio ex stipulatu* e il conseguimento in base ad esso della pena, talchè il passo verrebbe a significare questo: che avendo taluno stipulato da un socio suo una pena, quando abbia esperito *l' actio ex stipulatu* e conseguentemente ottenuta la pena, non può più agire *pro socio,* dato che la pena comprenda il suo interesse. E infatti, se il passo dovesse significare che la conclusione della *stipulatio poenae* per sè sola rende impossibile l'esercizio dell'*actio pro socio,* che cioè anche qui si verifica quell'assorbimento dell'obbligazione principale nell'obbligazione penale, affermato da alcuni scrittori pel caso che la prima convenzione sia una *stipulatio,* come si spiegherebbe il « si tantundem in poena sit, quantum « eius interfuit? » Non dovrebbe allora anche qui, come nel caso di due stipulazioni, secondo che affermano i suddetti scrittori, verificarsi l'assorbimento indipendentemente dall'ammontare delle due prestazioni? Quanto alle mutazioni dei compilatori, ci sembra più probabile che essi abbiano modificato la L. 42, anzichè la L. 41, diversamente da quel che pensa Salpius. Si osservi l'irregolarità e poca naturalezza di quel « eam.... hoc.... poena » che rafforza tale idea. Noi siamo indotti a ritenere che Ulpiano nel secondo testo (la L. 42) distinguesse due ipotesi, la prima relativa al caso che l'*id quod interest* fosse pari od inferiore all'ammontare della pena, la seconda relativa al caso che fosse invece superiore, ed affermasse che nella prima ipotesi il creditore dopo aver esperito l'*actio ex stipulatu* non potrebbe più intentare l'*actio pro socio,* nella seconda invece potrebbe, pur dopo aver agito *ex stipulatu,* sperimentare l'*actio pro socio,* ma soltanto pel di più. I compilatori unendo questo passo di Ulpiano all'altro che costituisce la L. 41 ne avrebbero tolta la parte relativa alla prima

ipotesi, come quella che sarebbe stata un' inutile ripetizione di quanto è scritto nella L. 41; nel togliere avrebbero esagerato, perchè nella L. 42 non troviamo la dichiarazione dell' ipotesi che la pena sia inferiore all' *id quod interest*, dichiarazione che dovremmo attenderci dopo la dichiarazione dell' altra ipotesi fatta nella L. 41 « si tantundem in poenam sit, quantum eius interfuit » e che secondo ogni probabilità c' era nel testo originale di Ulpiano. Anche la mancanza di questa dichiarazione conferma l'opinione nostra che i compilatori, diversamente da quanto pensa Salpius, abbiano piuttosto modificato la L. 42 che non la L. 41.

46. — Parecchi autori, considerando l' ipotesi normale, quella cioè che il creditore abbia la scelta fra la prestazione principale e la pena, notano le differenze fra l' obbligazione con clausola penale e l' obbligazione alternativa in cui il diritto di scelta sia stato accordato al creditore. Nell'obbligazione con diritto di scelta a favore del creditore i due oggetti sono dovuti *aeque ac principaliter*, invece nell'obbligazione con clausola penale uno è principale e l'altro accessorio, donde deriva che mentre nell'obbligazione alternativa la perdita per caso fortuito di uno degli oggetti non estingue l'obbligazione ma la concentra sull'altro, al contrario nell'obbligazione con clausola penale se si perde per caso fortuito l'oggetto dell'obbligazione principale, l'obbligazione è estinta. Altra differenza è questa: nell'obbligazione alternativa vi ha un solo rapporto obbligatorio, una sola obbligazione, mentre nell'obbligazione con clausola penale si hanno due obbligazioni, la principale e la penale. Infine, mentre nell' obbligazione alternativa (s' intende sempre, colla scelta a favore del creditore) il creditore ha fin da principio il diritto di scelta, nell'obbligazione con clausola penale lo ha solo dopo la *commissio poenae*, limitandosi prima il suo diritto alla prestazione principale.

47. — Come altrove [1] abbiamo notato, il creditore il quale

[1] Vedi num. 9.

agiva per la pena godeva il grande vantaggio di non dover provare che l' inadempimento dell' obbligazione principale gli aveva arrecato danno e quanto danno, e di sfuggire di conseguenza ai perditempo, alle difficoltà ed agli inconvenienti in genere della stima per parte del giudice dei danni e interessi. Aggiungiamo qui a tale proposito che in un solo caso il giureconsulto Papiniano voleva stabilire un' eccezione alla regola che non si richiedesse la prova del danno e del suo ammontare.

L. 7 D. *de servis export.* 18, 7 (Papin. *libro decimo quaest.*): « Servus ea lege venit, ne in Italia esset: quod si aliter factum « esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor. « vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, « acturus utiliter, si non servata lege in poenam quam alii pro- « misit, inciderit. huic consequens erit, ut hactenus agere possit, « quatenus alii praestare cogitur: quidquid enim excedit, poena, « non rei persecutio est.... »

Taluno ha venduto uno schiavo colla clausola che non dovesse dimorare in Italia: per assicurare l' adempimento di questa clausola, si è fatto promettere dal compratore una pena in caso di contravvenzione. Il giureconsulto dice che avvenendo la contravvenzione il venditore non potrà tuttavia agire efficacemente per ottenere la pena, a meno che non abbia avuto un interesse pecuniario all' osservanza del patto, e, dato che il suo interesse sia inferiore alla pena, non può pretendere tutta la pena, ma solo una parte corrispondente al suo interesse [1].

[1] Cfr. sch. ad B. 19, 7 c. 7 (vedi Supplemento di Zachariae von Lingenthal all'edizione di Heimbach pag. 267 nota 160).

Ὁ ποινὴν τὸν ἀγορασθέντα (λ. ἀγοραστὴν) ἐπερωτήσας εἰς βλάβην τοῦ πραθέντος οἰκέτου, εἰ μὲν εἰς χρήματα ζημιοῦται, τυχὸν καὶ αὐτὸς ἑτέραν ποινὴν ἐπερωτηθεὶς, ἐὰν..... ἐλευθερώσει τὸν οἰκέτην, ἔχει ἀπαίτησιν. εἰ μηδὲν ἐν χρήμασι τῷ πράτῃ διαφέρει, ἀλλὰ δι' ὀργὴν ἢ λύπην, μᾶλλον δὲ διὰ σκληρότητα καὶ ἀπανθρωπίαν ζητεῖ φυλαχθῆναι ἐπι κωλύσει διαγωγῆς τινος τόπου, τὸ δὲ σύμφωνον ἦ, δοθῆναι αὐτῷ τὴν ποινὴν, εἴτε παρηκολούθησεν ἐπερώτησις εἴτε μὴ, ἀργεῖ ἡ ἀπαίτησις.... (Qui poenam ab emtore stipulatus est in damnum venditi servi, si pecuniae ratione interest eius, puta et si ipse aliam poenam promisit, si.... servum manumiserit, agere potest. Si venditoris pecuniae ratione nihil interest, sed per indignatio-

Questa decisione eccezionale è ispirata da sentimenti di filantropia, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto. Lo accenna già il brano riportato e lo dimostra poi esplicitamente ciò che dice, proseguendo, Papiniano, pel caso si fosse pattuito fra venditore e compratore che lo schiavo non potesse essere esportato a titolo di pena: « ... quod si, ne poenae causa exportaretur, « convenit, etiam affectionis ratione recte agetur, nec videntur « haec inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem in- « tersit hominis: enimvero poenae non inrogatae indignatio solam « duritiam continet [1] ».

Se non che Papiniano stesso in un libro posteriore delle sue *Quaestiones* muta opinione e ritiene che il venditore possa agire efficacemente per la pena anche quando non abbia un interesse pecuniario.

L. 6 § 1 D. h. t. (Papin. *lib. vicens. sept. quaest.*): « Nobis « aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini « irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris inter- « esset, veluti quod poenam promisisset: ceterum viro bono non « convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis « satisfactum non fuisset. sed in contrarium me vocat Sabini sen- « tentia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris « homo venisse videatur ».

Papiniano dice espressamente d'esser stato indotto a mutar idea dall'esempio di Sabino, il quale riteneva che anche mancando un interesse pecuniario si potesse efficacemente promuovere l'azione

nem aut dolorem, vel potius ob duritiem et inhumanitatem servari velit, ut servus loco quodam commorari prohibeatur, convenerit autem, ut ei poena praestaretur, sive stipulatio subsequuta sit, sive non, cessat petitio....).

[1] La parola *poena* nelle proposizioni della L. 7

quidquid enim excedit, poena non rei persecutio est
ne poenae causa exportaretur
poenae non irrogatae indignatio solam duritiem continet

ha un significato diverso che nell'espressione pena convenzionale, ha il senso ordinario, significa cioè *punitio*.

per la pena, per la ragione che per quella clausola restringente il diritto del compratore il prezzo sarebbe stato diminuito.

Io non so perchè insigni giureconsulti si sieno affaticati nel conciliare i due testi di Papiniano, mentre egli stesso, nel modo più esplicito e motivandolo, dichiara d'aver cambiato opinione. Il cambiamento d'opinione si comprende tanto più facilmente trattandosi di Papiniano di cui conosciamo la tendenza a dare un posto importante nelle questioni giuridiche al sentimento, e d'altra parte l'insuperata valentia come giurista pratico.

Nello scolio dei Basilici riprodotto in parte nella nota non si intende, come abbiamo fatto noi, che Papiniano abbia ammesso in via generale l'efficacia dell'azione per la pena, ma che abbia aggiunto al caso di un interesse pecuniario del venditore l'altro che a motivo della nota clausola questi abbia ricevuto un prezzo minore. Noi crediamo invece che dalla considerazione di una possibile diminuzione di prezzo Papiniano sia stato indotto ad ammettere che sempre potesse promuoversi efficacemente l'azione per la pena; e ciò, sia pel modo come è concepito il testo: « sed « in contrarium .... videatur », sia per la ragione intrinseca che in conseguenza di quella clausola restringente il diritto del compratore il prezzo doveva, se non sempre, almeno assai spesso abbassarsi, sì che il giureconsulto potesse considerarlo un effetto normale e proclamare quindi una regola generale; ci sembra che il tenore del frammento sia con ciò in perfetta armonia, perchè in esso si afferma in via generale che per quella clausola si reputa che lo schiavo venga venduto ad un prezzo inferiore.

48. — Il creditore che agisce in giudizio in forza della *stipulatio poenae* non ha nemmanco bisogno di dar la prova dell'inadempimento dell'obbligazione principale, come sostiene qualcuno; ma tocca invece al debitore dare al caso la prova del contrario, cioè che l'obbligazione principale fu eseguita. Infatti, come si sa, chi agisce in giudizio in base ad un diritto è tenuto soltanto a provare che ha acquistato quel diritto e non deve già provare anche la sus-

sistenza del medesimo al momento in cui agisce. Nel nostro caso toccherà quindi al debitore di provare che l'obbligazione principale è estinta e non al creditore di provare che tuttora sussiste; ammesso che l'obbligazione è sorta, si ammette che perduri fino alla prova del contrario. Aggiungasi, a conferma di ciò e contro l'opinione opposta, la seguente osservazione di Gerber: i giureconsulti romani raccomandano e consigliano al creditore la *stipulatio poenae* come un mezzo di assicurare il suo diritto, ponendo specialmente in rilievo l'utilità di evitare per essa la prova difficile e incerta dell'esistenza di un interesse e dell'estensione del medesimo. Ora se il creditore per agire in forza della *stipulatio poenae* avesse dovuto provare che si era verificata la condizione della pena, cioè che non era stata fatta la prestazione principale, seguendo quel consiglio sarebbe caduto da Scilla in Cariddi, sendochè si sarebbe sottoposto ad una prova ancora più difficile ed incerta [1].

49. — Ricordando i singoli risultati cui siamo giunti nell'esame della *commissio poenae* e dei suoi effetti, si vede che alla pena convenzionale del diritto romano non sta a base nè esclusivamente il principio di pena pel debitore, nè quello di risarcimento dell'interesse del creditore, ma le stanno a fondamento entrambi questi principî.

L'esecuzione parziale dell'obbligazione principale fa incorrere il debitore in tutta la pena. Qui si esplica il principio della pena, mentre secondo il principio del risarcimento dell'interesse il debitore dovrebbe esser tenuto solo per una parte corrispondente della pena.

Il promittente in generale è tenuto in seguito all'inadempimento dell'obbligazione principale, anche se non vi è stata colpa da parte sua. In ciò vediamo invece manifestarsi il principio del risarcimento dell'interesse, mentre secondo il principio della pena l'inesecuzione dovrebbe essere imputabile al debitore perchè fosse tenuto.

[1] Gerber *Beitr. zur Lehre vom Klagegrunde u. der Beweislast* Jena 1858 p. 85.

L'obbligazione derivante dalla pena passa agli eredi del promittente e questi fin da principio può promettere la pena per sè e per i propri eredi. Anche ciò è conforme al principio del risarcimento dell'interesse e contrario invece al principio della pena.

Il creditore in seguito alla *commissio poenae* per regola può pretendere a sua scelta la prestazione principale o la pena e non già l'una e l'altra cosa; ecco un'altra manifestazione del principio del risarcimento dell'interesse; secondo il principio della pena, il creditore dovrebbe aver diritto ad entrambe le prestazioni.

Invece il principio della pena si manifesta nella norma che non si richiede da parte del creditore il quale agisce per la pena la prova che l'inesecuzione gli abbia arrecato danno, sicchè può agire anche se *nihil interest*.

Il principio della pena apparisce anche in ciò, che non è necessario che l'ammontare della pena corrisponda all'interesse del creditore alla prestazione principale.

Le eccezioni alle norme suddette ripresentano daccapo il principio della pena o quello del risarcimento.

È giustificato di ritenere che in origine abbia dominato se non esclusivamente almeno in larghissima parte il concetto della pena, come mostrano in particolar modo l'espressione *stipulatio poenae* e il ricordato *T. Flavii Syntrophi instrumentum donationis*, abbastanza antico, nel quale in caso di contravvenzione al contratto, oltre il risarcimento dell'interesse deve prestare T. Flavius Aïthales cinquanta mila sesterzi come pena [1]. In seguito collo svolgersi e coll'estendersi del principio dell'interesse, la pena convenzionale ne acquistò alcuni elementi e si iniziò la trasformazione sua da vera e propria pena in una somma di risarcimento del danno derivante dall'inesecuzione dell'obbligazione principale; ma tale svolgimento non si compì nel diritto romano,

[1] Vedi num. 38.

sicchè la pena convenzionale in esso ha, come abbiamo detto, un carattere misto [1].

50. — In tutto questo paragrafo, conforme al nostro disegno, enunciato al num. 15, abbiamo parlato sempre della *stipulazione penale accessoria*. È chiaro che nella *stipulazione penale principale* il creditore in seguito alla *commissio poenae* può pretendere soltanto la pena.

§ 9. *La multa penitenziale non è un istituto del diritto romano.*

51. — La pena convenzionale può avere nel diritto moderno la funzione di multa penitenziale. Ciò si verifica quando il debitore si riserba il diritto di ritirarsi dal rapporto obbligatorio subendo la perdita di una data somma [2].

È chiaro che la multa penitenziale differisce sostanzialmente dall' obbligazione alternativa e fa davvero meraviglia che Arndts [3] non l'avverta. Differisce pure dall'obbligazione facoltativa, quantunque a questa più vicina, perchè mentre nell' obbligazione facoltativa la prestazione *in solutione* viene pur sempre fatta, come sarebbe della prestazione *in obligatione*, per estinguere il rapporto obbligatorio, la *multa poenitentialis* viene invece pagata per recedere dal rapporto obbligatorio; e perciò sono in errore quegli autori, come Nettelbladt [4] i quali dicono che la multa penitenziale altro non è che un' obbligazione facoltativa.

52. — Mentre gli scrittori francesi ed anche altri autori fanno derivare l'odierna multa penitenziale dal diritto germanico,

[1] Vedi su ciò anche Nov. 46-49. Cfr. anche Neuenfeldt *op. cit.* pag. 44 e segg.

[2] In tale ipotesi, come osserva giustamente Heimbach (in *Weiske's Rechtslexicon* vol. 3 pag. 64) si hanno due convenzioni: 1) la convenzione di poter recedere dal negozio concluso, 2) la convenzione che il contraente il quale usi del diritto di recedere deve pagare una somma determinata all'altro contraente.

[3] *Pandekten* ed. di Serafini vol. 2 terza ediz. pag. 36. Giustamente si oppongono Wächter *Pandekten* vol. 2 pag. 304 nota 5 e Serafini ivi nota 3.

[4] *Der Strafvertrag nach gem. Rechte* pag. 35.

alcuni [1] la ricollegano al diritto romano, e fra questi qualcuno giunge persino al punto di affermare che la clausola penale per regola in questo diritto era una multa penitenziale. Ora, lasciando quest' ultima affermazione, che subito si manifesta assolutamente erronea, resta da considerare se l'odierna multa penitenziale fosse o no in uso presso i Romani. Avendo esaminata attentamente la questione, senza preconcetti nell'uno o nell'altro senso, siamo giunti a concludere che la multa penitenziale non è un istituto del diritto romano.

53. — I testi che si citano per sostenere l'opinione contraria sono i seguenti:

L. 28 D. *de action. empti vend.* 19, 1; L. 47 D. h. t., § ult. I. *de V. O.* 3, 15 (16); L. 44 § 6 D. *de O. et A.* 44, 7; L. 115 § 2 D. *de V. O.* 45, 1.

Quanto ai tre primi passi, non si riesce proprio a capire come si sieno potuti addurre in favore dell' esistenza della multa penitenziale nel diritto romano; basta leggerli per persuadersene pienamente. E nemmanco può certo servire d'appoggio la L. 44 § 6, che più addietro abbiamo esaminata. Rimane la L. 115 § 2 nelle parole: « sed et si ita cautum erit, ut sola pecunia non « soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse « voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur ».

Ora certamente qui fu pattuito che in caso d'inadempimento dell' obbligazione principale il creditore possa soltanto pretendere la pena, e quindi il debitore può sottrarsi all'esecuzione dell'obbligazione principale pagando la pena, come avviene nella multa penitenziale. Ma non basta per sè sola la convenzione summenzionata a costituire la figura giuridica della multa penitenziale: si richiede ancora che vi abbia concorso l'intenzione di fare un'agevolezza al debitore, di migliorarne la posizione, di allentare il

[1] Glück *Erlaut. der Pand.* vol. 4 pag. 351 nota 99, Müller *Lehrb. der Instit.* p. 467 nota 10 i. f., Catenacci *Della stipulatio poenae nel diritto romano* Napoli 1881 pag. 26, Giorgi *Teoria delle obligazioni* vol. 4 n. 462.

vincolo obbligatorio [1]. Che se fosse stata fatta invece collo scopo di favorire il creditore, di rafforzare in fondo il vincolo obbligatorio, per costringere il debitore, indirettamente sì ma in modo più vigoroso ed efficace ad adempiere l'obbligazione principale, come sarebbe quando il valore della pena fosse notevolmente superiore a quello della prestazione principale, mancherebbe allora, a nostro avviso, un elemento della multa penitenziale; ora nelle parole della L. 115 § 2 nulla accenna a questo particolare elemento, e perciò le abbiamo interpretate come riferentisi alla vera e propria pena convenzionale.

Dopo ciò dobbiamo aggiungere che avendo voluto risolvere serenamente la questione, abbiamo cercato altri testi che in qualche modo accennassero a multa penitenziale, ma invano.

---

[1] Cfr. per tutti ad es. Baron *Pandekten* 8 ediz. pag. 383 « es liegt hierin — cioè nella multa penitenziale - keine Bestärkung, sondern eine Schwächung des Vertrages ».

LETTERATURA

A. Scritti speciali.

* J. a Beyma *Tractatus de poenali stipulatione* (in *Comment. et Tract.*) Leovard. 1645.

Reuss (praes. Lauterbach) *De poena conventionali* (in *Diss. acad.* vol. 3 n. 113) Tubingae 1666.

* Braun *De poena conventionali maxime in matrimonialibus* Ienae 1707.

Lasius *De legibus et poenis conventionalibus* Hallae 1740.

Hemleben (praes. Richter) *De contractu rato manente poena conventionali quoque soluta* Lipsiae 1751.

* Evers *De effectu poenae conventionalis sponsalibus adiectae* Ienae 1760.

Schmid *De poena conventionali circa mutuum* Ienae 1760.

Bach *De multa poenitentiali in emptione venditione* in *Opuscula ad historiam et iurisprud. spectantia* ed. Klotz Halae 1767 pagg. 386–405.

* Priess *Utrum poena conventionalis pro surrogato obligationis principalis habenda sit* Rostochii 1774.

* Weber *Quaedam ex materia de poena conventionali* Rostochii 1824.

Kersten *De poena conventionali* Lipsiae 1839.

* Jäger *De stipulatione poenali* Ienae 1839.

Bernhard *Von der Conventionalstrafe* Würzburg 1843.

* Wellenberg *De poena conventionali* 1861.

Randa *Zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe* (nella *Allg. österr. Gerichts-Zeitung*) Wien 1869 pagg. 31–41.

Manns *Von der Konventionalstrafe*, parte 1 Frankfurt - a. - M. 1876.

Girard *De la stipulatio poenae en droit romain — De la clause penale en droit français* Paris 1877.

Aubry *De la stipulatio poenae en droit romain — Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution des obligations conventionnelles en droit français* Paris 1878.

L'asterisco indica che il lavoro non si potè trovare.

L'interessante articolo di Delogu *Sui diritti del creditore nelle obbligazioni con clausola penale* Catanzaro 1883 (estratto dal *Gravina, Rivista giuridica calabrese*) concerne esclusivamente il diritto civile.

SENTENAC *De la clause penale dans les obligations en droit romain et en droit français* Toulouse 1878.

CATENACCI *Della stipulatio poenae nel diritto romano* Napoli 1881.

THOUREAU *De la clause pénale dans les obligations en droit romain et en droit français* Paris 1883.

NEUENFELDT *Ist die Conventionalstrafe ihrem Grundprincipe nach Strafe oder Ersatzleistung* Berlin 1885.

NETTELBLADT *Der Strafvertrag nach gemeinem Rechte* Ludwigslust 1886 (vedi la rec. di BÄHR nella *Krit. VJ Schr.* vol. 28 pagg. 578–582).

BARBEROT *De la stipulatio poenae en droit romain.....* Dijon 1887.

LACAZE *De la nature de la stipulation de peine en droit romain.....* Paris 1889.

MANN *Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten?* Göttingen 1890.

VON SEELER *Zur Lehre von der Conventionalstrafe nach römischem Recht* Halle 1891.

B. **Altri scritti.**

ACCARIAS *Précis de droit romain* (3 ediz.) vol. 2 pagg. 299-306.

ARNDTS-SERAFINI *Trattato delle Pandette* vol. 2 (3 ed.) pagg. 35–37.

BARON *Pandekten* (8 ediz.) pagg. 382, 383.

BUCHER *Das Recht der Forderungen nach den Grunds. des Justin. Rechts dargestellt* (2 ed.) pagg. 44, 46, 47, 97, 98, 105, 106, 120, 131.

DE CRESCENZIO *Sistema del diritto civile romano* vol. 2 pagg. 410–414.

DEMANGEAT *Cours élémentaire de droit romain* (2 ed.) vol. 2 pagg. 198-203, 211, 213, 214.

DE RETES *Repetita Praelectio ad titulum Dig. de V. O.* Pars 2 tract. 1 (in Meermann *Thesaur.* vol. 7 pag. 413–427).

DERNBURG *Pandekten* (2 ed.) vol. 2 pagg. 126–128.

FRITZ *Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu Wening-Ingenheim's Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* vol. 2 pagg. 176, 416-421.

GERBER *Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast* Jena 1858 pagg. 81–98.

GIORGI *Teoria delle obligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza* (2 ed.) vol. 4 p. 503-534.

GLÜCK *Erläuterung der Pandekten* vol. 4 pagg. 434 n.° 13, 529–541.

GÖSCHEN *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht* vol. 2 p. 2 pagg. 189, 190, 193, 196–199.

HASENÖHRL *Das oesterreichische Obligationenrecht* Wien 1881–1890 vol. I pag. 509–518.

Heimbach iun. nel *Rechtslexicon* di Weiske vol. 3 pagg. 59–65.

Holzschuher *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts* (3 ed.) vol. 1 pag. 397 e vol. 3 pagg. 344–350.

Huschke nella *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess* nuova serie vol. 4 pagg. 419–428.

Jhering *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (4 ed.) p. 2 sez. 1 pagg. 113, 114, 117, p. 2 sez. 2 pagg. 559, 560, p. 3 sez. 1 pagg. 257, 258.

Keller *Pandekten* (2 ed.) vol. 1 pagg. 494–496.

Koch *Das Recht der Forderungen nach gemeinem u. nach preussischem Rechte* (2 ed.) vol. 2 pagg. 375–384.

Kuntze *Cursus des römischen Rechts* 2 ed. pagg. 456, 457.

Leoni *La teoria dei diritti e degli obblighi indivisibili* Padova 1887 pagg. 265–308.

Liebe *Die Stipulation und das einfache Versprechen* Braunschweig 1840 pagg. 303–320.

Matthiae *Controversenlexicon des röm. Civilrechts* vol. 1 p. 207–214.

Maxen *Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen* Göttingen 1861 pagg. 221–242.

May *Éléments de droit romain* (1 ed.) Paris 1889-90 vol. 2 p. 391–393.

Maynz *Cours de droit romain* (4 ediz.) vol. 2 pagg. 119, 120, 352, 353, 360, 414–422.

Molitor *Les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français* (2 ediz.) vol. 1 pagg. 185–211.

Mühlenbruch *Lehrbuch des Pandektenrechts* (4 ed.) vol. 2 p. 285–288.

Müller *Lehrbuch der Institutionen* pagg. 465–467.

Pothier *Traité des obligations* (trad. it. del Foramiti) vol. 2 p. 78–123.

Puchta *Vorlesungen über das heutige römische Recht* (6 ed.) vol. 2 pagg. 26–28. — *Pandekten* (12 ed.) pagg. 354, 355. — *Cursus der Institutionen* (9 ed.) vol. 2 pagg. 339, 340.

Salkowski *Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht* Leipzig 1866 pagg. 194–213.

Salpius *Novation und Delegation nach römischem Recht* Berlin 1864 pagg. 199–202, 239–243.

Savigny *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts* vol. 2 pagg. 272–282.

Schilling *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts* vol. 3 pagg. 183–187.

Schröter *Ueber die Regel "Dies interpellat pro homine"* nella *Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess* vol. 4.

Schupfer *Il diritto delle obbligazioni* pagg. 159–162.

Schweppe *Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung* (4 ed.) vol. 3 pagg. 326–329.

Seuffert *Praktisches Pandektenrecht* (4 ed.) vol. 2 pagg. 125–127.

Sintenis *Das praktische gemeine Civilrecht* (2 ed.) vol. 2 pagg. 109-120.

Thibaut *System des Pandektenrechts* (9 ed.) vol. 1 pag. 66.

Ubbelohde *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen* Hannover 1862 pag. 121–145.

Unterholzner *Die Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung* vol. 1 p. 247–252.

Vangerow *Lehrbuch der Pandekten* (7 ed.) vol. 3 pagg. 337–344.

Van Wetter *Les obligations en droit romain* vol. 1 pagg. 150–163.

Wächter *Pandekten* vol. 2 pagg. 303, 304.

Wendt nei *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. u. deutsch. Privatrechts* vol. 22 p. 398–414 — *Lehrbuch der Pandekten* p. 198–202.

Wening-Ingenheim *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (5 ed.) vol. 2 pagg. 131–133.

Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* (6 ed.) vol. 2 pag. 112–118.

Wolff *Zur Lehre von der Mora* Göttingen 1841 pagg. 36–76, 94, 95, 218–223 (Vedi la recensione di Liebe nei *Krit. Jahrbb. f. deutsche Rechtswissenschaft*, vol. pagg. 12–14).